

المُلَقَّع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

٥٤١ - ٥٦٢٠

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

٥٩٧ - ٦٨٢ هـ

ومعهما :

الإضاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرزداوي

٨١٧ - ٨٨٥ هـ

تحقيق

الدكتور عبد الحميد بن عبد المحسن التركي

الجزء السابع عشر

الهبة والعطية - الوصايا

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٦ هـ = ١٩٩٥ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

٣٤٥١٧٥٦ - فاكس ٣٤٥٢٥٧٩ ☎

المطبعة : ٦ ، ٢ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣ ☎

ص . ب ٦٣ إمبابة

يوزع
على نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
عاه

خدمة للعلم وطلابه

أجزل الله مؤبته .. ووفقه لرضائه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ الْهَبَةِ وَالْعَطِيَّةِ

المفنع

وَهِيَ تَمْلِيكٌ فِي حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ .

بَابُ الْهَبَةِ وَالْعَطِيَّةِ

الشرح الكبير

(وهي تَمْلِيكٌ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ) الْهَبَةُ وَالْعَطِيَّةُ وَالْهَدِيَّةُ^(١) وَالصَّدَقَةُ مَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وَهِيَ تَمْلِيكٌ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَاسْمُ الْهَبَةِ وَالْعَطِيَّةِ شَامِلٌ لَجَمِيعِهَا . فَأَمَّا الصَّدَقَةُ وَالْهَدِيَّةُ فَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَإِنْ دَخَلَا فِي مُسَمًّى الْهَبَةِ وَالْعَطِيَّةِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ الْهَدِيَّةَ وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ^(٢) . وَقَالَ فِي اللَّحْمِ الَّذِي تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ »^(٣) . فَالظَّاهِرُ أَنَّ مَنْ أَعْطَى شَيْئًا يَنْوِي بِهِ التَّقَرُّبَ إِلَى

بَابُ الْهَبَةِ وَالْعَطِيَّةِ

الإنصاف

قوله : وَهِيَ تَمْلِيكٌ فِي حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : الْهَبَةُ تَقْتَضِي عَوَضًا . وَقِيلَ : مَعَ عُرْفٍ . فَلَوْ أَعْطَاهُ لِعَاوَضَهُ ، أَوْ لَيَقْضَى لَهُ بِهِ حَاجَةٌ ، فَلَمْ يَفِرْ ، فَكَالْشَّرْطِ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ .

(١) فِي م : « الْهَبَةُ » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٢٩٧/٧ .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٢٩٨/٧ .

المقنع
فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عَوَضًا مَعْلُومًا ، صَارَتْ بَيْعًا . وَعَنْهُ ، يَغْلِبُ فِيهَا
حُكْمُ الْهَبَةِ .

الشرح الكبير
الله تعالى للمحتاج ، فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه
والمحبة له ، فهو هدية . وجميع ذلك مندوب إليه ؛ فإن النبي ﷺ قال :
« تَهَادُوا تَحَابُّوا » ^(١) . وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير ، وقد قال
الله تعالى : ﴿ إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ
فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيَكْفُرْ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾ ^(٢) .

٢٦٠٢ - مسألة : (فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عَوَضًا مَعْلُومًا ، صَارَتْ بَيْعًا .
وعنه ، يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ الْهَبَةَ الْمُطْلَقَةَ لَا تَقْتَضِي
ثَوَابًا ، سَوَاءً كَانَتْ لِمِثْلِهِ أَوْ دُونَهُ أَوْ أَعْلَى مِنْهُ . وبه قال أبو حنيفة . وقال
الشافعي كَقَوْلِنَا فِيمَا إِذَا كَانَتْ لِمِثْلِهِ [٢٣٥/٥] أَوْ دُونَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لِأَعْلَى

الإنصاف
قوله : فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عَوَضًا مَعْلُومًا ، صَارَتْ بَيْعًا . حُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ . فِي
ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، وَالشُّفْعَةِ ، وَغَيْرِهِمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ الْقَاضِي
وَأَصْحَابُهُ . وَلَيْسَ مَتَّصُوعًا عَنْهُ ، وَلَا عَنْ مُتَقَدِّمِي أَصْحَابِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ »
وغيره . وَصَحَّحَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » . وَقِيلَ : هِيَ بَيْعٌ مَعَ التَّقَابُضِ .
وَعَنْهُ ، يُغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ . [٢٥٥/٢] ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ :

(١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٨/٢ .
(٢) سورة البقرة ٢٧١ .

منه اقْتَضَتْ الثَّوَابَ ، فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ عَلَى وَجْهِ التَّبَرُّعِ ، فَلَمْ تَقْتَضِ ثَوَابًا ، كَهِبَةِ الْمِثْلِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَقَوْلُ عُمَرَ قَدْ خَالَفَهُ ابْنُهُ وَابْنُ عَبَّاسٍ ، فَلَا يَبْقَى حُجَّةٌ . فَإِنْ عَوَّضَهُ عَنِ الْهِبَةِ كَانَتْ هِبَةً مُبْتَدَأَةً لَا عَوْضًا ، أَيُّهُمَا أَصَابَ عَيْبًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ . وَإِنْ خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً أَخَذَهَا صَاحِبُهَا ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِبَدْلِهَا . فَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ ثَوَابًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ^(٢) ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَالشَّفْعَةِ . وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ قَوْلٌ ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِعَوْضٍ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ هَذَا بِدَرْهِمٍ . فَإِنَّهُ لَوْ أَطْلَقَ التَّمْلِيكَ كَانَ هِبَةً ، فَإِذَا ذَكَرَ الْعَوْضَ صَارَ بَيْعًا . وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ يَغْلِبُ عَلَيْهَا حُكْمُ الْهِبَةِ ، فَلَا تَثْبُتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ الْمُخْتَصَّةُ بِهِ .

هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَهُوَ مَتَيْنٌ جِدًّا . وَقَالَ عَنِ الْأَوَّلِ : هُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا . انْتَهَى . قَالَ الْقَاضِي : لَيْسَتْ بَيْعًا ، وَإِنَّمَا الْهِبَةُ تَارَةً تَكُونُ تَبَرُّعًا ، وَتَارَةً تَكُونُ بَعُوضٍ ، وَكَذَلِكَ الْعِتْقُ ، وَلَا يَخْرُجَانِ عَنْ مَوْضُوعِهِمَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :

(١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في الهبة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٤ .

(٢) في م : « كالهبية » .

المقنع وَإِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لَمْ تَصِحَّ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يُرْضِيهِ بِشَيْءٍ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ لَمْ يَرْضَ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، أَوْ فِي عَوَضِهَا إِنْ كَانَتْ تَالِفَةً .

الشرح الكبير ٢٦٠٣ - مسألة : (وَإِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لَمْ تَصِحَّ) الْهِبَةُ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ مَجْهُولٌ فِي مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَرُدُّهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكٍ الْوَاحِبِ . وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً رَدَّ قِيَمَتَهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ (وَعَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يُرْضِيهِ بِشَيْءٍ) وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَصِحُّ ، فَإِذَا أَعْطَاهَا عَنْهَا عَوَضًا رَضِيهِ ، لَزِمَ الْعَقْدُ بِذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِذَا قَالَ الْوَاحِبُ : هَذَا لَكَ عَلَى أَنْ تُثْبِتَنِي . فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِذَا لَمْ يُثْبِتْهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ : إِذَا وَهَبَ لَهُ عَلَى وَجْهِ الْإِثَابَةِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُثْبِتَهُ مِنْهَا (فَعَلَى هَذَا) عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَتَّى يُرْضِيَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلِلْوَاحِبِ (الرُّجُوعُ فِيهَا ، أَوْ عَوَضُهَا إِنْ كَانَتْ تَالِفَةً) لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَاسِدٌ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُ الْعَيْنِ إِذَا تَلَفَتْ ،

الإنصاف وَإِنْ شَرَطَهُ ، وَكَانَ مَعْلُومًا ، صَحَّتْ ، كَالْعَارِيَّةِ . وَقِيلَ : بِقِيَمَتِهَا يَنْعَا . وَعَنْهُ ، هِبَةٌ . انْتَهَى .

تنبيه : أَفَادَنَا الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، صِحَّةَ شَرَطِ الْعَوَضِ فِيهَا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ مُطْلَقًا .

قوله : وَإِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لَمْ تَصِحَّ . ("يَعْنِي الْهِبَةَ") . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ،

الشرح الكبير

كالبَيْعِ الْفَاسِدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطِيَهُ قَدْرَ قِيَمَتِهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا بَيْعٌ ، فَيُعْتَبَرُ لَهُ التَّرَاضِي ، إِلَّا أَنَّهُ بَيْعٌ بِالْمُعَاطَاةِ . فَإِذَا عَوَّضَهُ عِوَضًا رَضِيَهُ حَصَلَ الْبَيْعُ بِمَا حَصَلَ مِنَ الْمُعَاطَاةِ مَعَ التَّرَاضِي بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلِ التَّرَاضِي لَمْ يَصِحَّ ؛ لَعَدَمِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ [٢٣٥/٥ ط] وَلَا الْمُعَاطَاةُ وَلَا التَّرَاضِي . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا مَا لَمْ يُرِضْ مِنْهَا . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَفَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ ، وَمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَرَى أَنَّ الْهِبَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي ثَوَابًا . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ نَاقَةً ، فَأَعْطَاهُ ثَلَاثًا فَأَبَى فزاده ثَلَاثًا ، « فَأَبَى ، فزاده ثَلَاثًا » فَلَمَّا كَمَلَتْ تِسْعًا ، قَالَ : رَضِيتُ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهَبَ إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ أَوْ دَوْسِيٍّ » . مِنْ « الْمُسْنَدِ » (٢) . فَإِنْ تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ بِزِيَادَةٍ أَوْ

وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يُرْضِيهِ بِشَيْءٍ . فَيَصِحُّ . وَذَكَرَهَا الشَّيْخُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) المسند ٢٤٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في قبول الهدايا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٠/٢ . والترمذي ، في : باب مناقب ثقيف وبنى حنيفة ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ٢٩٥/١٣ ، ٢٩٦ . والنسائي ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٧/٦ .

نُقْصَانٍ ، أو لم يُثْبِتْهُ مِنْهَا ، فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا أَرَى عَلَيْهِ نُقْصَانًا مَا نَقَصَهُ عِنْدَهُ إِذَا رَدَّهَ إِلَى صَاحِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَوْبًا لِبَسَهُ ، أَوْ جَارِيَةً اسْتَخْدَمَهَا ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ إِذَا نَقَصَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ عِنْدِي مِثْلَ الرَّهْنِ ، الزِّيَادَةُ وَالتُّقْصَانُ لَصَاحِبِهِ .

الشرح الكبير

تَقِيُّ الدِّينِ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ ، وَإِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ ، وَإِلَيْهِ مِيلُ أَبِي الْخَطَّابِ . وَصَحَّحَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، فَقَالَ : فَإِنْ شَرَطَهُ مَجْهُولًا ، صَحَّتْ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْكُبْرَى » : وَهُوَ أَوَّلَى . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يُرْضِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، فَيُرْذُهَا ^(١) بِزِيَادَةٍ وَنَقْصٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَلَفَتْ ، فَقِيمَتُهَا يَوْمَ التَّلَفِ . وَهَذَا الْبِنَاءُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ هُوَ الصَّحِيحُ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَقِيلَ : يُرْضِيهِ بِقِيَمَةِ مَا وَهَبَهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَحْتَمِلُ وَجْهًا بِالْبِنَاءِ ؛ وَهُوَ مَا يُعَدُّ ثَوْبًا لِمِثْلِهِ عَادَةً .

الإيضاح

فَائِدَةٌ : لَوْ ادَّعَى شَرَطَ الْعَوَضِ ، فَأَنْكَرَ الْمُتَّهَبُ ، أَوْ قَالَ : وَهَبْتَنِي هَذَا . قَالَ : بَلْ يَعْتَكُهُ . فَقَبِلَ أَيُّهُمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُتَّهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَصَحَّحَهُ ، وَقَالَ : حَكَاهُ فِي « الْكَافِي » ، وَغَيْرُ وَاحِدٍ . وَالْوَجْهَ الثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَاهِبِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى .

(١) سقط من : ط .

وَتَحْصُلُ الْهَبَةُ بِمَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ هَبَةً ، مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ^{المقنع}
وَالْمُعَاطَاةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا .

٢٦٠٤ - مسألة : (وَتَحْصُلُ الْهَبَةُ بِمَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ هَبَةً ، مِنْ
الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْمُعَاطَاةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا) فَلَا يُجَابُ أَنْ يَقُولَ :
وَهَبْتُكَ . أَوْ : أَهْدَيْتُ إِلَيْكَ . أَوْ : مَلَكَتُكَ . أَوْ : هَذَا لَكَ . وَنَحْوَهُ مِنْ
الْأَلْفَازِ الدَّالَّةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ . أَوْ : رَضِيتُ .
أَوْ نَحْوَ هَذَا . وَتَصِحُّ بِالْمُعَاطَاةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا ^(١) ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ
إِيجَابٌ أَوْ ^(٢) قَبُولٌ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْهَبَةَ وَالْعَطِيَّةَ لَا بُدَّ
فِيهَا مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَا تَصِحُّ بِذَوْنِهِ ، سَوَاءٌ وَجَدَ الْقَبْضُ أَوْ لَمْ يُوْجَدْ .
وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِيكِيٌّ ، فَانْقَرَأَ إِلَى الْإِيجَابِ
وَالْقَبُولِ ، كَالْتِكَاحِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمُعَاطَاةَ وَالْأَفْعَالَ الدَّالَّةَ عَلَى الْإِيجَابِ
وَالْقَبُولِ كَافِيَةٌ ، وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى لَفْظٍ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ

قوله : وَتَحْصُلُ الْهَبَةُ بِمَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ هَبَةً ؛ مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَالْمُعَاطَاةِ
الْمُقْتَرَنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمَجْدُ فِي « شَرْحِ
الْهِدَايَةِ » ، وَغَيْرُهُمَا ، حَتَّى إِنَّ ابْنَ عَقِيلٍ وَغَيْرَهُ صَحَّحُوا الْهَبَةَ بِالْمُعَاطَاةِ ، وَلَمْ
يَذْكُرُوا فِيهَا الْخِلَافَ الَّذِي فِي بَيْعِ الْمُعَاطَاةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،
و « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،

(١) سقط من : الأصل . وفي م : « عليهما » .

(٢) في ر ١ : « ولا » .

يُهْدَى وَيُهْدَى إِلَيْهِ ، وَيُعْطَى وَيُعْطَى ، وَيُفْرَقُ الصَّدَقَاتِ ، وَيَأْمُرُ سَعَاتِهِ
بِأَخْذِهَا وَتَفْرِيقِهَا ، وَكَانَ أَصْحَابُهُ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ فِي ذَلِكَ إِجَابٌ
وَلَا قَبُولٌ ، وَلَا أَمْرٌ بِهِ وَلَا تَعْلِيمُهُ لِأَحَدٍ ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا لُنْقِلَ عَنْهُمْ نَقْلًا
مُشْتَهَرًا ، وَقَدْ كَانَ ابْنُ عُمَرَ عَلَى بَعِيرٍ لِعُمَرَ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ : « بَعْنِيهِ » .
فَقَالَ : هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : [٥ / ٢٣٦] « هُوَ لَكَ
يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ » ^(١) . وَلَمْ يُنْقَلْ قَبُولُ النَّبِيِّ ﷺ
مِنْ عُمَرَ ، وَلَا قَبُولُ ابْنِ عُمَرَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَوْ كَانَ شَرْطًا لَفَعَلَهُ النَّبِيُّ

وغيرهم . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهَلْ يَقُومُ الْفِعْلُ مَقَامَ اللَّفْظِ ؟ يُخْرِجُ عَلَى الرَّوَايَةِ
فِي الْبَيْعِ بِالْمُعَاطَةِ ، وَأَوَّلَى بِالصُّحَّةِ . قَالَ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَتَنْعَقِدُ
بِالْمُعَاطَةِ . وَفِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْمُغْنَى » ، فِي الصَّدَاقِ : لَا تَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ
الْهَبَةِ ، وَالْعَفْوِ ، وَالتَّمْلِكِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَفِي الْعَفْوِ وَجِهَانِ .
وَقَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : وَالْفَاظُهَا ؛ وَهَبْتُ ، وَأَعْطَيْتُ ،
وَمَلَكْتُ . وَالْقَبُولُ ؛ قَبِلْتُ ، أَوْ تَمَلَكْتُ ، أَوْ أَتَهَيْتُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِجَابٌ وَلَا قَبُولٌ ،
بَلْ إِعْطَاءٌ وَأَخْذٌ ، كَانَتْ هَدِيَّةً ، أَوْ صَدَقَةً تَطَوُّعًا عَلَى مِقْدَارِ الْعُرْفِ . انْتَهَى . وَقَالَ
فِي « الْإِنْصَارِ » ، فِي غِذَاءِ الْمَسَاكِينِ فِي الظُّهَارِ : أَطْعَمْتُكَ كَوَهَبْتُكَ . وَذَكَرَ
الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، أَنَّ الْهَبَةَ وَالْعَطِيَّةَ
لَا يَذْفِيهِمَا مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَا تَصِحُّ بِدُونِهِ ، سِوَاءِ وَجَدِ الْقَبْضِ أَوْ لَمْ يَوْجَدْ .
قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ ضَعِيفٌ . وَقَدَّمَ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ،
أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِالْمُعَاطَةِ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ .

الشرح الكبير

عليه السلام وعلمه ابن عمر ، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله .
وروى أبو هريرة ، أن النبي صلى الله عليه وآله كان إذا أتى بطعام سأل عنه ، فإن قالوا :
صدقة . قال لأصحابه : « كلوا » . ولم يأكل ، وإن قالوا : هدية .
ضرب يده فأكمل معهم^(١) . ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في أن
تقديم الطعام بين يدي الصيفان والإذن في أكله ، أن ذلك لا يحتاج إلى
إيجاب ولا قبول . ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك ، فاكْتَفَى
به ، كما لو وجد الإيجاب والقبول . قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب
مع الإطلاق وعدم العرف القائم من المعطى والمُعْطَى ؛ لأنه إذا لم يكن
عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال
والدلالة ، فلا وجه لتوقفه على اللفظ ، ألا ترى أننا اكتفينا بالمعاطاة في

فائدتان ؛ إحداهما ، لو تراخى القبول عن الإيجاب ، صح ، مادام في
المجلس ، ولم يتشاغلا بما يقطع . قاله في « الرعاية الكبرى » ، و « الفائق » .
وقال في « الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » : وتنعقد بالإيجاب والقبول عرفاً .
وقال الزركشي : لو تقدم القبول على الإيجاب ، ففي صحة الهبة روايتان . انتهى .
قلت : هي مشابهة للبيع ، فيأتي هنا ما في البيع على ما تقدم . ثم وجدت الحارثي
صرح بذلك ، ولم يحك فيه خلافاً . الثانية ، يصح أن يهبه شيئاً ، ويستثنى نفعه
مدة معلومة . وبذلك أجاب المصنف ، واقتصر عليه في « القاعدة الثانية
والثلاثين » .

(١) تقدم تخريجه في ٢٩٧/٧ .

المقنع
وَتَلْزَمُ بِالْقَبْضِ . وَعَنْهُ ، تَلْزَمُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِمَجَرَّدِ
الْهَبَةِ .

الشرح الكبير
الْبَيْعِ ، وَاكْتَفَيْنَا بِدَلَالَةِ الْحَالِ فِي دُخُولِ الْحَمَامِ ، وَهُوَ إِجَارَةٌ وَيَبِيعُ أَعْيَانٍ ،
فَإِذَا اكْتَفَيْنَا فِي الْمُعَاوَضَاتِ مَعَ تَأْكُدهَا بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، فَإِنَّهَا تَنْقُلُ الْمِلْكَ
مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَأَن نَكْتَفِيَ بِهِ فِي الْهَبَةِ أَوَّلَى . وَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِ
مَا لَا يُشْتَرَطُ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْإِشْهَادِ ، وَلَا يَقَعُ إِلَّا قَلِيلًا ، فَلَا يَشُقُّ اشْتِرَاطُ
الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ . وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

٢٦٠٥ - مسألة : (وَتَلْزَمُ بِالْقَبْضِ . وَعَنْهُ ، تَلْزَمُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ
وَالْمَوْزُونِ بِمَجَرَّدِ الْهَبَةِ) أَمَّا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ الَّذِي لَا يَتَمَيَّزُ إِلَّا بِالْكَيْلِ
وَالْوِزْنِ ، فَلَا تَلْزَمُ الْهَبَةُ فِيهِ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ الْمَعْدُودُ
وَالْمَذْرُوعُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ مِنْهُمْ النَّحْوِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ
ابْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : تَلْزَمُ
بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ ، عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي

الإنصاف
قَوْلِهِ : وَتَلْزَمُ بِالْقَبْضِ . يَعْنِي ، وَلَا تَلْزَمُ قَبْلَهُ . وَهَذَا إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَهُوَ
الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي
« تَذْكِرَتِهِ » ، وَالْقَاضِي . ^(١) قَالَ ابْنُ مُنْجَى ، فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا أَصَحُّ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ،
وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ

(١ - ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

قِيَّتِهِ»^(١). ولأنَّه إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْوَقْفِ وَالْعَتَقِ ، وَلأنَّه تَبَرُّعٌ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّهُ مَرْوِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَلَمْ نَعْرِفْ لهما [٢٣٦/٥ ط] فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا . وَقَدْ رَوَى عُرْوَةُ عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَهَا جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ^(٢) ، فَلَمَّا مَرَضَ قَالَ : يَا بَنِيَّةُ ،

فِي « الْكُبَرَى » : تَلَزُمُ الْهَبَةِ ، وَتُمْلِكُ بِالْقَبْضِ ، إِنْ اُعْتَبِرَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، تَلَزُمُ فِي غَيْرِ [٢٥٥/٢ ط] الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، بِمُجَرَّدِ الْهَبَةِ . قَالَ الشَّارِحُ : وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ ، الْمَعْدُودُ وَالْمَذْرُوعُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :^(٣) « وَعَنْهُ ، تَلَزُمُ فِي مُتَمَيِّزٍ بِالْعَقْدِ^(٤) . اخْتَارَهُ الْأَكْثَرُ . قَالَ فِي

(١) انظر ما تقدم في ٥٤٤/٦ من حديث عمر .

وأخرجه البخاري ، في : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ، وباب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، من كتاب الهبات . صحيح البخاري ٢٠٧/٣ ، ٢١٥ . ومسلم ، في : باب تحريم الرجوع في الصدقة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٠/٣ ، ١٢٤١ . وأبو داود ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ . والنسائي ، في : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ،... وباب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه ، وباب ذكر الاختلاف على طلوس في الرجوع في هبته ، من كتاب الهبة . المحقق ٢٢٢/٦ - ٢٢٥ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/١ ، ٢٨٠ ، ٢٨٩ ، ٣٣٩ ، ٣٤٢ ، ٣٤٥ ، ٣٤٩ ، ٢٧/٢ ، ٧٨ ، ٢٣٧ ، ٢٥٩/٢ ، ٢٩١ ، ٣٢٧ ، ٤٣٠ ، ٤٩٢ .

(٢) في ر ١ ، م : « بالعالية » .

والغابة : موضع قريب من المدينة من عواليها ، وبها أموال لأهلها . النهاية في غريب الحديث ٣/٣٩٩ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .

ما أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَى^(١) غِنَى مِنْكَ بَعْدِي ، وَلَا أَحَدٌ أَعَزَّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ ، وَكُنْتُ نَحْلُثُكَ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، وَوَدَدْتُ أَنَّكَ حُزْتِيهِ أَوْ قَبَضْتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ ، أَخَوَاكَ وَأَخْتَاكَ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي « مُوطَّعِهِ »^(٢) . وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ : مَا بَالُ قَوْمٍ يَنْحَلُونَ أَوْلَادَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ قَالَ : مَالِي فِي يَدِي . فَإِذَا مَاتَ هُوَ قَالَ : قَدْ كُنْتُ نَحْلَتُهُ وَلَدِي ، وَلَا نِحْلَةَ إِلَّا^(٣) نِحْلَةَ يَحْجُوزُهَا الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ فَإِنْ مَاتَ وَرَثَتُهُ^(٤) . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَلِأَنَّهَا هَبَةٌ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ فَلَمْ تَلْزَمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ ، فَإِنَّ مَالِكًا يَقُولُ : لَا يَلْزَمُ الْوَرَثَةُ

« الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَارِثِيُّ » : اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : لَا يَفْتَقِرُ الْمُعَيَّنُ إِلَى الْقَبْضِ ، عِنْدَ الْقَاضِي وَعَامَّةِ أَصْحَابِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَعَنْهُ^(٥) ، لَا تَلْزَمُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ فِي الْقَبْضِ .

(١) زيادة من ١ ر

(٢) تقدم تخريجه ٤٨٥/١٦

(٣) في م : « لَا »

(٤) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٣/٢

(٥) في ط : « وَقِيلَ »

التَّسْلِيمُ . وَالْخَيْرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَقْبُوضِ . وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْوَقْفِ
وَالْوَصِيَّةِ وَالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجَ مِلْكٍ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَخَالَفَ
التَّمْلِيكَاتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزُمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالْعِتْقُ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلَيْسَ
بَتَّمْلِيكِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ وَالْعِتْقَ لَا يَكُونُ فِي مَحَلِّ التَّزَاعِ ؛ لِأَنَّ التَّزَاعَ فِي
الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ .

فصل : وفي غير المكيل والموزون روايتان ؛ إحداهما ، أن حكمه
حكم المكيل والموزون ، في أنه لا يلزم إلا بالقبض . وهو قول أكثر

تبيين ؛ أحدهما ، ظاهر كلام المصنف ، صحة الهبة بمجرد العقد . وهو
المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وظاهر كلام الخرقى
وطائفة ، أن ما يكال ويوزن لا يصح إلا مقبوضا . قال الخرقى : ولا تصح الهبة
والصدقة ، فيما يكال ويوزن ، إلا بقبضه . قال في « الانتصار » ، في البيع
بالصفة : القبض ركن في غير المتعين ، لا ينبرم العقد بدونه . نقله الزركشى ،
وصححه الحارثي . ويأتى كلام ابن عقيل قريبا . الثاني ، قوله في المكيل
والموزون : لا تلزم فيه إلا بالقبض . محمول على عموميه في كل ما يكال ويوزن .
قال الشارح ، والمصنف : وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه ؛
كقفيز من صبرة ، ورطل من دني^(١) . قال : وقد ذكرنا ذلك في البيع ،
ورجحنا العموم . قال في « الفروع » : وعنه ، تلزم في متميز بالعقد . قال
الزركشى : هبة غير المتعين ؛ كقفيز من صبرة ، ورطل من زبرة ، تفتقر إلى
القبض ، بلا نزاع .

(١) في ١ : « زبرة » .

أهل العلم . قال المروزي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة . روى ذلك عن النخعي ، والثوري ، والعنبري ، والحسن بن صالح ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لما ذكرنا في المكيل والموزون . والثانية ، أنها تلزم بمجرد العقد ، ويثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه ، فروى عن علي ، وابن مسعود ، رضي الله عنهما ، أنهما قالوا : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض .

فائدة : تملك الهبة بالعقد أيضا . قاله المصنف ، ومن تابعه . ونقله في « التلخيص » . وقدمه في « الفائق » . وقاله أبو الخطاب في « أنصاره » ، في موضع . ^(١) قال في « القاعدة التاسعة والأربعين » : قاله كثير من الأصحاب ؛ منهم أبو الخطاب في « أنصاره » ، وصاحب « المعنى » ، و « التلخيص » ، وغيرهم ^(٢) . وقيل : يتوقف الملك على القبض . ^(٣) وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » . وجزم به في « المحرر » ^(٤) . قال في « الكافي » : لا يثبت الملك للموهوب له في المكيل والموزون إلا بقبضه ، وفيما عداهما روايتان . وقال في « شرح الهداية » : مذهبنا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض . وفرع عليه ، إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر ، والعبد موهوب لم يقبض ، ثم قبض ، وقلنا : يعتبر في هبته القبض . ففطرته على الواهب . وكذا صرح ابن عقيل أن القبض ركن من أركان الهبة ، كالإيجاب في غيرها ، وكلام الخِرقي يدل عليه أيضا . ^(٥) قال ذلك في « القاعدة التاسعة والأربعين » . وقيل :

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) زيادة من : ١ .

وهو قول مالك ، وأبي ثور ؛ لأنَّ الهبة أحدُ نوعي التَّمْلِيكِ ، فكان منها ما لا يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، ومنها ما يَلْزَمُ قبله ، كالْبَيْعِ ، فإنَّ منه ما لا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضٍ ، وهو الصَّرْفُ وَبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، ومنه ما يَلْزَمُ [٢٣٧/٥] قبله ، وهو ما عدا ذلك . فأما حديثُ أبي بكرٍ في هَبْتِهِ لعائشةَ ، فإنَّ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عِشْرِينَ وَسَقًا مَجْدُودَةً ، فيكونُ مَكِيلًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، وهذا لا بُدَّ فيه منَ القَبْضِ ، وإنَّ أَرَادَ نَحْلًا يُجَدُّ عِشْرِينَ وَسَقًا ، فهو أيضًا غيرُ مُعَيَّنٍ ، فلا تَصِحُّ الهبةُ فيه قبلَ تَعْيِينِهِ ، فيكونُ مَعْنَاهُ : وَعَدْتُكَ بِالنَّحْلَةِ . وقولُ عُمَرَ أَرَادَ بِهِ النَّهْيَ عَنِ التَّحْيِيلِ بِنَحْلَةِ الْوَالِدِ وَلَدَهُ نَحْلَةً مَوْقُوفَةً عَلَى الْمَوْتِ ، فيُظْهِرُ : إِنِّي نَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا . ويُتِمِّسُكَ فِي يَدِهِ يَسْتَعْمِلُهُ^(١) ، فإذا ماتَ أَخَذَهُ وَلَدُهُ بِحُكْمِ النَّحْلَةِ الَّتِي أَظْهَرَهَا ، وإنَّ ماتَ وَلَدُهُ أَمْسَكَهُ ، ولم يُعْطِ^(٢) وَرَثَتُهُ وَلَدَهُ شَيْئًا . وهذا على هذا الْوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فَنهَاهُمْ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحْوزَهَا الْوَلَدُ دُونَ وَالِدِهِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهَا

يَقْعُ الْمِلْكُ مُرَاعَى ؛ فَإِنْ وَجَدَ الْقَبْضُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ كَانَ لِلْمَوْهُوبِ بِقَبُولِهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْوَاهِبِ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ حَامِدٍ ، وَفُرِعَ عَلَيْهِ حُكْمُ الْفِطْرَةِ . قَالَ ذَلِكَ فِي « الْقَاعِدَةِ التَّاسِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَهَارِوَايْتَانِ فِي « الْإِنْصَارِ » ، فِي نَقْلِ الْمِلْكِ بِعَقْدِ فَايَسِدٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَلَيْهِمَا يُخْرَجُ النَّمَاءُ . وَذَكَرَ جَمَاعَةٌ ، إِنْ اتَّصَلَ الْقَبْضُ ، فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَالنَّمَاءُ لِلْمُتَّهَبِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي ، النَّمَاءُ لِلْوَاهِبِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

(١) فِي م : « يَسْتَعْمِلُهُ » .

(٢ - ٢) فِي م : « وَرَثَتُهُ » .

وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ ، إِلَّا مَا كَانَ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ،
فَيَكْفِي مُضِيُّ زَمَنِ [١٥٦ ط] يَتَأْتِي فِيهِ قَبْضُهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ
حَتَّى يَأْذَنَ فِي الْقَبْضِ .

وَرَّثَهُ كَسَائِرُ مَالِهِ . وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا اخْتَصَّ بِهِبَةَ الْوَلَدِ وَشَبَّهَهُ .
عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، خِلَافُ ذَلِكَ ، فَتَعَارَضَتْ
أَقْوَالُهُمْ .

فصل : قَوْلُهُ ، فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ : إِنَّ الْهَبَةَ لَا تَلْزُمُ فِيهِ إِلَّا
بِالْقَبْضِ . مَحْمُولٌ عَلَى عُمُومِهِ فِي كُلِّ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ ، وَخَصَّهُ أَصْحَابُنَا
الْمُتَأَخِّرُونَ بِمَا لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ مِنْهُ ، كَقَفْزِ مِنْ صُبْرَةٍ ، وَرَطْلٍ مِنْ دَنٍّ . وَقَدْ
ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ ، وَرَجَّحْنَا الْعُمُومَ .

٢٦٠٦ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ ، إِلَّا مَا كَانَ
فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، فَيَكْفِي مُضِيُّ زَمَنِ يَتَأْتِي قَبْضُهُ فِيهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ
حَتَّى يَأْذَنَ فِي الْقَبْضِ) إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْهَبَةَ لَا تَلْزُمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . لَمْ يَصِحَّ
الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ أَمْرٌ تَلْزُمُ
بِهِ الْهَبَةُ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ ، كَأَصْلِ الْعَقْدِ ^(١) . فَأَمَّا مَا كَانَ
فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، كَالْوَدِيعَةِ وَالْمَعْصُوبِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَلْزُمُ

قَوْلُهُ : وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ . يَعْنِي ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْهَبَةَ لَا تَلْزُمُ

(١) بعده في ر ٢ ، م : « لِأَنَّ قَبْضَهُ مُسْتَدَام ، فَأَغْنَى عَنِ الْإِبْتِدَاءِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً فِي يَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى » . وَيَأْتِي مَوْضِعُهَا بَعْدَ قَلِيلٍ .

من غير قبضٍ ولا مضيٍّ مُدَّةٍ يَتَأْتِي فِيهَا الْقَبْضُ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا وَهَبَ امْرَأَتَهُ شَيْئًا وَلَمْ تَقْبِضْهُ ، فَلَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا خِيَارٌ ، هِيَ مَعَهُ فِي الْبَيْتِ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبَرْ قَبْضًا وَلَا مَضِيٍّ مُدَّةٍ يَتَأْتِي فِيهَا ؛ لَكَوْنِهَا مَعَهُ فِي الْبَيْتِ ، فَيُدْهَا عَلَى مَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ مُسْتَدَامٌ ، فَأَغْنَى عَنِ الْإِبْتِدَاءِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً فِي يَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ الْقَاضِي : لَا بُدَّ مِنْ مَضِيٍّ مُدَّةٍ يَتَأْتِي الْقَبْضُ فِيهَا . وَهَلْ يَفْتَقِرُ ، إِلَى إِذْنٍ فِي الْقَبْضِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَفْتَقِرُ ، كَغَيْرِ الْمَقْبُوضِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَفْتَقِرُ ؛ لِأَنَّهُ [٢٣٧/٥ ط] مَقْبُوضٌ ، فَلَا مَعْنَى لِتَجْدِيدِ الْإِذْنِ فِيهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الرَّهْنِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي الْاِخْتِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الْإِذْنِ وَاعْتِبَارِ مَضِيٍّ مُدَّةٍ يَتَأْتِي الْقَبْضُ فِيهَا كَمَذْهَبِنَا .

إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ بِشَرْطِهِ الْآتِي ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعُوا بِهِ . وَقَالَ الْإِنْصَافُ فِي « التَّرْغِيبِ » : وَفِي صِحَّةِ قَبْضِهِ بِدُونِ إِذْنِهِ رِوَايَتَانِ ، وَالْإِذْنُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى اللَّفْظِ ، بَلْ الْمُنَاوَلَةُ وَالتَّخْلِيَةُ إِذْنٌ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي اعْتِبَارُ اللَّفْظِ فِيهِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . ^(١) وَعَنْهُ ، يَصِحُّ الْقَبْضُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ^(١) .

قَوْلُهُ : إِلَّا مَا كَانَ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، فَيَكْفِي مَضِيَّ زَمَنِ يَتَأْتِي قَبْضُهُ فِيهِ . هَذَا إِحْدَى الرِّوَايَاتِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالسَّامَرِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

فصل : والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها ، وإن شاء رجع فيها . فإن قبضها المتهب بغير إذن الواهب ، لم يصح القبض ، ولم تتم الهبة . وحكى عن أبي حنيفة ، أنه إذا قبضها في المجلس صح وإن لم يأذن له ؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض ، لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي لا يتم إلا بالقبض . ولنا ، أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب ، فلم يصح ، كما بعد المجلس ، وكما لو نهاه ؛ ولأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلم يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل قبض ثمنه . ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض كما بعد المجلس . ويحتمل أنه إذا قبضها بحضرة الواهب فسكت^(١) ، أن يقوم

و عنه ، ما كان في يد المتهب يلزم بالعقد . وهو المذهب . قال الشارح : هذا الصحيح ، إن شاء الله تعالى . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « النظم » ، وابن رزين في « شرحه » . قال في « الرعايتين » : وهو أولى . وكذا قال الحارثي . و عنه ، لا يصح القبض حتى يأذن فيه أيضا ، ويمضي زمن يتأتى قبضه فيه . جزم به في « الخلاصة » . واختاره القاضي أيضا . وقدمه في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » . قال في « الرعاية الكبرى » : ومن اتهم شيئا في يده ، يعتبر قبضه ، فقبله ، اعتبر إذن الواهب فيه على الأشهر ، ثم مضى زمن يمكن قبضه فيه لملكه . وقيل : يعتبر مضى الزمن دون إذنه . وأطلق الأولى والثالثة في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، وأطلق الثانية والثالثة في « الكافي » .

(١) سقط من : م .

وَإِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الْإِذْنِ وَالرُّجُوعِ .

ذلك مقام الإذن ، كما جعلنا أخذ المتهب لها بإذن الواهب دليلاً على القبول .
فإن أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع في الهبة ، صح رجوعه ؛ لأن ذلك ليس بقبض ، وإن رجع بعد القبض ، لم يصح رجوعه ؛ لأن الهبة تمت .

٢٦٠٧ - مسألة : (فإن مات الواهب ، قام وارثه مقامه في الإذن والرجوع) وجملته ذلك ، أنه إذا مات الواهب أو المتهب قبل القبض ، بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . ذكره القاضي

تنبيه : الاستثناء الثاني في كلام المصنف ، من قوله : وتلزم بالقبض . لا من قوله : ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب .

فائدتان ؛ إحداهما ، صفة القبض هنا ، كقبض المبيع . وعلى القول بأنه لأبد من مضي مدة يتأتى قبضه فيها ؛ فإن كان منقولاً ، فبمضي مدة نقله فيها . وإن كان مكيلاً أو موزوناً ، فبمضي مدة يمكن احتياله واتزانه فيها . وإن كان غير منقول ، فبمضي مدة التخليه . وإن كان غائباً ، لم يصح مقبوضاً حتى يوافيه ، هو أو وكيله ، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها . وقد تقدم نظير ذلك في الرهن . الثانية ، له أن يرجع في الإذن قبل القبض ، وله أن يرجع في نفس الهبة قبل القبض . [٢٥٦/٢] . على الصحيح من المذهب فيهما . وقيل : لا يصح الرجوع فيهما .

قوله : وإن مات الواهب ، قام وارثه مقامه في الإذن والرجوع . هذا المذهب . جزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . واختاره صاحب « التلخيص » وغيره . وقدمه في « المحرر » ،

في مَوْتِ الْوَائِبِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَبَطُلَ بَمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، كَالْوَكَالَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ أَيْ طَالِبٍ ، وَأَيْ الْحَارِثِ ، فِي رَجُلٍ أَهْدَى هَدِيَّةً ، فَلَمْ تَصِلْ إِلَى الْمُهْدَى إِلَيْهِ حَتَّى مَاتَ : فَإِنَّهَا تَعُودُ إِلَى صَاحِبِهَا مَا لَمْ يَقْبِضْهَا . وَرَوَى بِإِسْنَادِهِ^(١) عَنْ أُمِّ كَلْثُومٍ بِنْتِ أَيْ سَلَمَةَ^(٢) ،

و «الرَّعَائِيَتَيْنِ» ، و «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، و «الفُرُوعِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي «الْمُجَرَّدِ» : يَنْطَلُ عَقْدُ الْهَبَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْفُصُولِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى»^(٣) ، و «الشَّرْحِ» ، و «النَّظْمِ» ، و «الْفَائِقِ» . قَالَ فِي «الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ» : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَاخْتِيَارِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْهَبَةِ ، فِي الصَّحَّةِ ، وَأَمَّا فِي الْمَرَضِ ، إِذَا مَاتَ قَبْلَ إِقْبَاضِهَا ، فَجَعَلَا الْوَرَثَةَ بِالْخِيَارِ ؛ لِشَبْهِهَا بِالْوَصِيَّةِ .

انتهى .

فائدة : لو وهب الغائب هبةً ، وأنفذها مع رسول الموهوب له ، أو وكيله ، ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل وصولها ، لزم حكمها ، وكانت للموهوب له ؛ لأن قبض الرسول والوكيل كقبضه . وإن أنفذها الواهب مع رسول نفسه ، ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له ، أو مات الموهوب له ، بطلت ، وكانت للواهب ولورثته ؛ لعدم القبض . وكذلك الحكم في الهدية . نص على ذلك .

تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله تعالى ، بقوله : قام وارثه مقامه . أن إذن الواهب ينطل بموته . وهو صحيح ، وكذلك ينطل إذنه بموت المتهب .

(١) في : المسند ٤٠٤/٦ .

(٢) في م : «سلمى» .

(٣) سقط من : ط .

قالت : لَمَّا تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ ، قال لها : « إِنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حُلَّةً وَأَوَاقِيَّ مِسْكِ ، وَلَا أَرَى النَّجَاشِيَّ إِلَّا قَدْ مَاتَ ، وَلَا أَرَى هَدِيَّتِي إِلَّا مَرْدُودَةً عَلَيَّ ، فَإِنْ رُدَّتْ فَهِيَ لَكَ » . فكان كما قال رسول الله ﷺ ، وَرُدَّتْ عَلَيْهِ هَدِيَّتُهُ ، فَأَعْطَى كُلَّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أَوْقِيَّةً مِنْ مِسْكِ ، وَأَعْطَى أُمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ الْمِسْكِ وَالْحُلَّةَ . وإن مات المَهْدِي قَبْلَ

فوائد ؛ الأولى ، لو مات الْمُتَّهَبُ قَبْلَ قَبُولِهِ ، بَطَلَ الْعَقْدُ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وقيل : لَا يَطُلُ . الثَّانِيَةُ ، يَقْبِضُ الْأَبُ لِلطِّفْلِ مِنْ نَفْسِهِ ، بِلا نِزَاعٍ ، وَلَا يَخْتِاجُ إِلَى قَبُولٍ مِنْ نَفْسِهِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَيُكْتَفَى بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُهُ ، وَقَبَضْتُهُ لَهُ . وقال القاضي : لَا بُدَّ فِي هَبَةِ الْوَلَدِ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُهُ . وهو مَبْنِيٌّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا ، وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ . وقال بعضُ الْأَصْحَابِ : يُكْتَفَى بِأَحَدِ لَفْظَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ . أَوْ : قَبَضْتُهُ . وَإِنْ وَهَبَ وَلِيٌّ غَيْرُ الْأَبِ ، فَقَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ : لَا بُدَّ أَنْ يُوَكَّلَ الْوَاهِبُ مَنْ يَقْبَلُ لِلصَّبِيِّ ، وَيَقْبِضُ لَهُ ؛ لِيَكُونَ الْإِجَابُ مِنَ الْوَلِيِّ ، وَالْقَبُولُ وَالْقَبْضُ مِنْ غَيْرِهِ ، كَمَا فِي الْبَيْعِ ، بِخِلَافِ الْأَبِ ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ وَيَقْبَلَ وَيَقْبِضَ . قال الْمُصَنِّفُ : وَالصَّحِيحُ عِنْدِي ، أَنَّ الْأَبَ وَغَيْرَهُ فِي هَذَا سَوَاءٌ . قال فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي قَبْضِ وَلِيٍّ غَيْرِ الْأَبِ مِنْ نَفْسِهِ ، رَوَايَاتُ شَرَاهِ وَبَيَّعَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ . الثَّالِثَةُ ، لَا يَصِحُّ قَبْضُ الطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ لِنَفْسِهِ وَلَا قَبُولُهُ ، وَوَلِيُّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِيهِمَا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ، فَوَصِيُّهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَالْحَاكِمُ الْأَمِينُ ، أَوْ مَنْ يُقِيمُوهُ مَقَامَهُمْ . وَلَا يَقُومُ غَيْرُهُمْ لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ مَقَامَهُمْ . وقال الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَعْنَى » ^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْقَبُولُ وَالْقَبْضُ مِنْ غَيْرِهِمْ

أَنْ تَصِلَ إِلَى الْمُهْدَى إِلَيْهِ ، رَجَعَتْ [٢٣٨/٥] إِلَى وَرَثَةِ الْمُهْدَى ، وَلَيْسَ لِلرَّسُولِ حَمْلُهَا إِلَى الْمُهْدَى إِلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْوَارِثُ . وَالْهَبَةُ كَالْهَدِيَّةِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ وَالْفَسْخِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ لَمْ تَنْفَسَخْ بِمَوْتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مِثْلُهُ إِلَى الزُّرْمِ ، فَلَمْ يَنْفَسَخْ بِالْمَوْتِ ، كَالْبَيْعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُوْهُوبُ لَهُ بَعْدَ الْقَبُولِ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْقَبُولِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، بَطَلَتْ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَتِمَّ ،

عِنْدَ عَدَمِهِمْ . الرَّابِعَةُ . لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُتَمَيِّزِ قَبْضُ الْهَبَةِ وَلَا قَبُولُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَقَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » ، تَبَعًا لِلْحَارِثِيِّ : هَذَا أَشْهُرُ الرُّوَايَتَيْنِ ، وَعَلَيْهِ مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ قَبْضُهُ وَقَبُولُهُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَقِفَ صِحَّةُ قَبْضِهِ عَلَى إِذْنٍ وَلَيْهِ دُونَ الْقَبُولِ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا . وَتَقَدَّمَ فِي الْحَجَرِ ، هَلْ تَصِحُّ هَبَتُهُ ؟ وَالسَّفِيهُ كَالْمُتَمَيِّزِ ^(٢) فِي ذَلِكَ ^(٣) ، وَأَوَّلَى بِالصَّحَّةِ . وَالْوَصِيَّةُ كَالْهَبَةِ فِي ذَلِكَ . الْخَامِسَةُ ، قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : يُعْتَبَرُ لِقَبْضِ الْمُشَاعِ إِذْنُ الشَّرِيكَ فِيهِ ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ مَقْبُوضًا تَمْلُكًا ، وَنِصْفُ الشَّرِيكَ أَمَانَةً بِيَدِهِ . انْتَهَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » ، يَكُونُ نِصْفُ الشَّرِيكَ وَدِيْعَةً عِنْدَهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » : يَكُونُ قَبْضُ نِصْفِ الشَّرِيكَ

(١) الْمُعْنَى ٢٥٣/٨ .

(٢-٢) زِيَادَةٌ مِنْ ١ .

وَأَنْ أُبْرَأَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحْلَهُ مِنْهُ ، بَرِئْتُ الْمَقْنَعِ ذِمَّتُهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْبَلْهُ .

الشرح الكبير

فهو كما لو مات الْمُشْتَرَى بعدَ الإيجابِ وقبلَ القَبُولِ . فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ . فماتَ أَحَدُهُمَا بعدَ الإِذْنِ فِي الْقَبْضِ ، بَطَلَ الإِذْنُ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِنْ كَانَ هُوَ الْوَاحِبُ ، فَقَدْ انْتَقَلَ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ إِلَى وَارِثِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُتَّهَبُ ، فَلَمْ يُوجَدْ الإِذْنُ لَوَارِثِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْقَبْضَ بِغَيْرِ إِذْنٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٦٠٨ - مسألة : (وَإِنْ أُبْرَأَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحْلَهُ مِنْهُ ، بَرِئْتُ وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْبَلْهُ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ ، كإِسْقَاطِ الْقِصَاصِ وَالشَّفْعَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَكَالْعِتْقِ

عَارِيَّةً مَضْمُونَةً . انتهى . قلتُ : لو قيلَ : إِنْ جَازَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ ، وَتَصَرَّفَ ، كَانَ عَارِيَّةً ، وَإِنْ لَمْ يَتَصَرَّفَ ، فَوَدِيعَةً . لَكَانَ مُتَّجِهَاً . ثُمَّ وَجَدْتُهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » حَكَى كَلَامَهُ فِي « الْفُنُونِ » فَقَالَ : قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « فُنُونِهِ » : هُوَ عَارِيَّةٌ ؛ حَيْثُ قَبَضَهُ ؛ لِيَنْتَفِعَ بِهِ بِلا عَوَضٍ . قَالَ صَاحِبُ « الْقَوَاعِدِ » : وَهُوَ صَحِيحٌ ، إِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ مَجَّانًا ، أَمَا إِنْ طَلَبَ مِنْهُ أَجْرَةً ، فَهِيَ إِجَارَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ ، بَلْ فِي الْحِفْظِ ، فَوَدِيعَةٌ . انتهى . وفيه نَظَرٌ .

فائدة : لو قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ : أَنْتَ حَبِيسٌ عَلَى آخِرِنَا مَوْتًا . لَمْ يَغْتَقِ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ مِنْهُمَا ، وَيَكُونُ فِي يَدِ الثَّانِي عَارِيَّةً ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » . وَذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » .

قوله : وَإِنْ أُبْرَأَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحْلَهُ مِنْهُ ، بَرِئْتُ ذِمَّتُهُ -

وَالطَّلَاقِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ . فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَرَدَّ فِي الْإِبْرَاءِ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهَا إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾ ^(١) . وَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ لَكَ عَنْهُ . صَحَّ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُورَ أَوْ يَغْفُورَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(٢) . يُرِيدُ بِهِ الْإِبْرَاءَ

وَكَذَا إِنْ أَسْقَطَهُ عَنْهُ ، أَوْ تَرَكَهُ لَهُ ، أَوْ مَلَكَهُ لَهُ ، أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ عَفَا عَنْهُ ، بَرَرْتُ ذِمَّتَهُ - وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْبَلْهُ . اَعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا أَبْرَأَهُ ^(٣) مِنْ ذَنْبِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ ، وَخَوَذَكَ ، وَكَانَ الْمُتَبَرِّئُ وَالْمُتَبَرِّأُ يَعْلَمَانِ الذِّينَ ، صَحَّ ذَلِكَ ، وَبَرَّئَ ، وَإِنْ رَدَّهُ وَلَمْ يَقْبَلْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصُّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ [٢٥٦/٢ ظ] كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقِيلَ : يُشْتَرِطُ الْقَبُولُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي « الْمُعْنَى » : فِي إِبْرَائِهَا لَهُ مِنَ الْمَهْرِ ، هَلْ هُوَ لِإِسْقَاطِ ، أَوْ تَمْلِيكَ ؟ فَيَتَوَجَّهُ مِنْهُ اخْتِمَالٌ لَا يَصِحُّ بِهِ ، وَإِنْ صَحَّ اعْتَبِرَ قَبُولُهُ . وَفِي « الْمُوَجِزِ » ، وَ « الْإِيضَاحِ » : لَا تَصِحُّ هِبَةٌ فِي عَيْنٍ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(٤) : إِنْ حَلَفَ لَا يَهَبُهُ ، فَأَبْرَأَهُ ، لَمْ يَحْنَثْ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكَ عَيْنٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : تَصِحُّ بِلَفْظِ الْهِبَةِ وَالْعَطِيَّةِ مَعَ اقْتِضَائِهِمَا وَجُودَ مُعَيَّنٍ ، وَهُوَ مُتَنَفٍ ؛ لِإِفَادَتِهِمَا لِمَعْنَى الْإِسْقَاطِ هُنَا . قَالَ : وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهُ ذَنْبَهُ هِبَةً حَقِيقَةً ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِانْتِفَاءِ مَعْنَى الْإِسْقَاطِ ، وَانْتِفَاءِ شَرْطِ الْهِبَةِ . وَمِنْ هُنَا ، امْتَنَعَ هِبَتُهُ لغيرِهِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، وَامْتَنَعَ إِجْزَاؤُهُ عَنْ

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بَدَلَهُ » .

(٤) الْمُعْنَى ٤٩٤/١٣ .

من الصِّدَاقِ . فَإِنْ قَالَ : أَسْقَطْتُهُ عَنْكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ .
وكذلكَ إِنْ قَالَ : مَلَكْتُكَ . لِأَنَّهُ بَمَنْزِلَةِ هَبْتَهُ إِيَّاهُ . فَإِنْ وَهَبَ الدَّيْنَ لِغَيْرِ
مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
لَا غَرَرَ فِيهَا عَلَى الْمُتَّهَبِ وَلَا الْوَاهِبِ ، فَصَحَّ ، كَهَبَةِ الْأَعْيَانِ .

الرِّكَاءُ ؛ لِانْتِفَاءِ حَقِيقَةِ الْمِلْكِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » : إِنْ أَبْرَأَ مَرِيضٌ مِنْ
ذَيْنِهِ ، وَهُوَ كُلُّ مَالِهِ ، فَقَبِلَ بَرَاءَتَهُ مِنْ ثُلُثِهِ قَبْلَ دَفْعِ ثُلُثَيْهِ ، مَنَعَ وَتَسْلِيمٌ . انْتَهَى .
وَأَمَّا إِنْ عَلِمَهُ الْمُتَبَرِّأُ ، بَفَتْحِ الرَّاءِ ، أَوْ جَهَلَهُ ، وَكَانَ الْمُتَبَرِّئُ ، بِكَسْرِهَا ، يَجْهَلُهُ ،
صَحَّ ، سِوَاءَ جَهْلِ قَدْرِهِ ، أَوْ وَصْفِهِ ، أَوْ هُمَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ،
وغيرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ النَّازِلُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : هَذَا أَشْهَرُ الرُّوَايَاتِ . وَعَنْهُ ،
يَصِحُّ مَعَ جَهْلِ الْمُتَبَرِّأُ ، بَفَتْحِ الرَّاءِ ، دُونَ عَلِمِهِ . وَأُطْلِقَ ، فِيمَا إِذَا عَرَفَهُ الْمَذِينُ ،
فِيهِ الرُّوَايَتَيْنِ ، فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ وَلَوْ
جَهَلَهُ ، إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ عَلِمُهُ . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ بِكُلِّ حَالٍ ،
إِلَّا إِذَا عَرَفَهُ الْمُتَبَرِّأُ ، وَظَنَّ الْمُتَبَرِّئُ جَهْلَهُ بِهِ ، فَلَا يَصِحُّ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَا تَصِحُّ
الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، كَالْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ . ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَبُو الْوَفَاءِ ،
كَمَا لَوْ كَتَمَهُ الْمُتَبَرِّأُ ؛ خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ لَوْ عَلِمَهُ الْمُتَبَرِّئُ ، لَمْ يُبَرِّئْهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » .
قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : فَأَمَّا إِنْ كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يَعْلَمُهُ وَيَكْتُمُهُ الْمُسْتَحِقُّ ؛
خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ ، لَمْ يَسْمَحْ بِإِبْرَائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ
فِيهِ تَغْرِيرًا بِالْمُتَبَرِّئِ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . انْتَهَى . وَتَابَعَهُمَا الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ :
وَذَاهُرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ ، الصَّحَّةُ مُطْلَقًا . قَالَ : وَهَذَا أَقْرَبُ .

فصل : وَتَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ ، قَالَ : أَبْرَأْتُكَ مِنْ دِرْهِمٍ إِلَى أَلْفٍ . لِأَنَّ الْجَهْلَ إِنَّمَا مُنِعَتْ لِأَجْلِ الْغَرَرِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْجُمْلَةِ فَقَدْ زَالَ الْغَرَرُ وَصَحَّتِ الْبَرَاءَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ دَرَسَتْ : « اقْتَسِمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ »^(١) ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالًا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢) . وَلِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ ، وَكَأَنَّ [٢٣٨/٥ ظ] لَوْ قَالَ : مِنْ دِرْهِمٍ إِلَى أَلْفٍ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى تَبَرُّتِهِ الذِّمَّةِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْعِلْمِ بِمَا فِيهَا ، فَلَوْ وَقَفَتْ صِحَّةُ الْبَرَاءَةِ عَلَى الْعِلْمِ ، لَكَانَ سَدًّا لِבَابِ عَفْوِ الْإِنْسَانِ عَنْ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَتَبَرُّتِهِ ذِمَّتِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ

فوائد : الْأَوَّلَى ، مِنْ صُورِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمَجْهُولِ ، لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ أَحَدِهِمَا ، أَوْ أَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا . قَالَه الْحَلَوَانِيُّ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَقَالَا : يَصِحُّ ، وَيُؤْخَذُ بِالْبَيَانِ ؛ كَطَّلَاقِهِ إِحْدَاهُمَا^(٣) ، وَعِثْقِهِ أَحَدَهُمَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : يَغْنَى ، ثُمَّ يُقَرَّعُ ، عَلَى الْمَذْهَبِ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : قَالَ أَصْحَابُنَا : لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مِائَةٍ ، وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّ لَأَشْيَاءَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ مِائَةٌ ، فَفِي صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ وَجْهَانِ . صَحَّحَ النَّاطِمُ أَنَّ الْبَرَاءَةَ لَا تَصِحُّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَظْهَرُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . أَصْلُهُمَا ؛ لَوْ بَاعَ مَالًا لِمُزَوَّوْثِهِ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ حَيٌّ ، وَكَانَ قَدْ مَاتَ وَانْتَقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ،

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٥٧/١١ .

(٣) زيادة من : أ .

ذلك ، كَالْمَنْعِ مِنَ الْعِتْقِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يَعْلَمُهُ وَيَكْتُمُهُ الْمُسْتَحِقُّ ؛ خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ لَمْ يَسْمَحْ بِإِبْرَائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ فِيهِ ؛ (لأنَّ فيه) تَغْرِيرًا بِالْمُبْرِيءِ ، وَقَدْ أُمِكنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَوْ أَبْرَاهُ مِنْ مَائَةٍ ، وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَائَةٌ ، فَفِي صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهَا ؛ لِأَنَّهَا صَادَقَتْ مِلْكَهُ ، فَأَسْقَطَتْهُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَهَا . وَالثَّانِي ، لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَاهُ مِمَّا لَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِبْرَاءً فِي الْحَقِيقَةِ . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَا لَوْ بَاعَ مَالًا كَانَ لِمَوْرُوثِهِ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ بَاقٍ لِمَوْرُوثِهِ ، وَكَانَ مَوْرُوثُهُ قَدْ مَاتَ وَانْتَقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَفِي صِحَّةِ الْإِبْرَاءِ وَجْهَانِ .

فَهَلْ يَصِحُّ الْبَيْعُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَتَقَدَّمَ الصَّحِيحُ مِنْهُمَا فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ، بَعْدَ تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ ، فَكَذَا هُنَا . وَقَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ ؛ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِالطَّلَاقِ ، يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَتْ امْرَأَتُهُ ، أَوْ وَاجَهَ بِالْعِتْقِ مَنْ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَتْ أَمَتُهُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي آخِرِ بَابِ الشُّكِّ فِي الطَّلَاقِ . الثَّالِثَةُ ، لَا تَصِحُّ هِبَةُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَيَحْتَمِلُ الصَّحَّةُ كَالْأَعْيَانِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَمَنْ بَعْدَهُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَالْمُخْتَارُ الصَّحَّةُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَصَحُّ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، فَذَكَرَهُ إِنْ اتَّصَلَ الْقَبْضُ بِهِ . وَتَقَدَّمَ حُكْمُ هِبَةِ دَيْنِ السَّلَمِ فِي بَابِهِ مُحَرَّرًا ، فَلْيُعَاوِذْ . الرَّابِعَةُ ، لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ بِشَرْطٍ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي مَنْ قَالَ : إِنْ مِتُّ ، فَأَنْتَ فِي جِلٍّ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمَوْهُوبُ لَهُ طِفْلاً أَوْ مَجْنُونًا ، لَمْ يَصِحَّ قَبْضُهُ وَلَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، وَيَقْبِضُ لَهُ أَبُوهُ إِنْ كَانَ أَمِينًا ؛ لِأَنَّهُ أَشْفَقُ عَلَيْهِ وَأَقْرَبُ إِلَيْهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ، قَبِضَ لَهُ وَصِيُّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى وَكَيْلِهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَبُ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، أَوْ كَانَ مَجْنُونًا ، أَوْ ^(١) لَا وَصِيَّ لَهُ ، قَبِلَ لَهُ الْحَاكِمُ . وَلَا يَلِي مَالَهُ غَيْرُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَأَمِينُ الْحَاكِمِ يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَكَذَلِكَ وَكَيْلُ الْأَبِ الْأَمِينِ وَوَصِيُّهِ ، يَقُومُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقَامَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ فِي الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ . إِنْ احتِيجَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبُولٌ لِمَا لِلصَّبِيِّ أَوْ الْمَجْنُونِ فِيهِ حَظٌّ ، فَكَانَ إِلَى الْوَلِيِّ ، كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ مِنْ غَيْرِ هَؤُلَاءِ ، قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، فِي صَبِيٍّ وَهَبَتْ لَهُ هَبَّةٌ ، أَوْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَقَبِضَتْ الْأُمُّ ذَلِكَ وَأَبُوهُ حَاضِرٌ ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ لِلْأُمِّ قَبْضًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَبِ . وَقَالَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَحَقُّ مَنْ يَحُوزُ لِلصَّبِيِّ أَبُوهُ .

فَإِنْ ضَمَّ النَّاءُ ، فَقَالَ : إِنْ مِتُّ فَأَنْتَ فِي حِلٍّ . فَهُوَ وَصِيَّةٌ . وَجَعَلَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، رَجُلًا فِي حِلٍّ مِنْ غِيَبَتِهِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَعُودَ ، وَقَالَ : مَا أَحْسَنَ الشَّرْطَ . فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ فِيهِمَا رَوَاتَانِ . وَأَخَذَ صَاحِبُ « التَّوَادِرِ » مِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَعُودَ ، رِوَايَةً فِي صِحَّةِ الْإِبْرَاءِ بِشَرْطِ . وَذَكَرَ الْحَلَوَانِيُّ صِحَّةَ الْإِبْرَاءِ بِشَرْطِ ، وَاحتَجَّ بِنَصِّهِ الْمَذْكُورِ هُنَا أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، وَأَنَّ ابْنَ شِهَابٍ ، وَالْقَاضِي قَالَا : لَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مَوْتِ الْمُبْرَأِ ، وَأَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ . وَقَدَّمَ الْحَارِثِيُّ مَا قَالَهُ الْحَلَوَانِيُّ ، وَقَالَ : إِنَّهُ أَصَحُّ . الْخَامِسَةُ ، لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ مِنَ الدَّيْنِ قَبْلَ

(١) بعده في م : « كان » .

وهذا مذهب الشافعي ، لا أعلم فيه خلافاً ؛ لأنَّ القَبْضَ إنما يكونُ مِنَ الْمُتَّهَبِ أو نَائِبِهِ ، والوَلِيُّ نَائِبٌ بِالْشَّرْعِ ، فَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، أَمَا غَيْرُهُ فَلَا نِيَابَةَ لَهُ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصَحَّ الْقَبُولُ وَالْقَبْضُ مِنْ غَيْرِهِمْ عِنْدَ عَدَمِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ قَدْ يَكُونُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ وَلَا وَصِيٌّ ، وَيَكُونُ [٢٣٩/٥] فَقِيرًا لَا غِنَى بِهِ عَنِ الصَّدَقَاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَصَحَّ قَبْضُ غَيْرِهِمْ لَهُ أَنْسَدَ بَابٌ وَصُولُهَا إِلَيْهِ ، فَيَضِيعُ وَيَهْلِكُ ، وَمُرَاعَاةُ حِفْظِهِ عَنِ الْهَلَاكِ أَوْلَى مِنْ مُرَاعَاةِ الْوِلَايَةِ . فَعَلَى هَذَا ، لِلأُمِّ الْقَبْضُ لَهُ ، وَكُلُّ مَنْ يَلِيهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَغَيْرِهِمْ .

وُجُوبِهِ . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ ، وَجَزَمَ جَمَاعَةٌ بِأَنَّهُ تَمْلِيكَ . وَمَنَعَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، وَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَلْفَظِ الْإِسْقَاطِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، فَكَأَنَّهُ مَلَكَهَ إِيَّاهُ ، ثُمَّ سَقَطَ . وَمَنَعَ أَيْضًا أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ قَبُولُهُ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ؛ فَلَأَنَّهُ لَيْسَ مَالًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَنْ هُوَ عَلَيْهِ . وَقَالَ : الْعَفْوُ عَنْ دَمِ الْعَمَلِ تَمْلِيكَ أَيْضًا . وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ ^(٢) ، أَنَّ أَبَا الْيَسْرِ الصَّحَابِيَّ قَالَ لَعَرِيْمِهِ : إِذَا وَجَدْتَ قَضَاءً ، فَاقْضِ ، وَإِلَّا فَأَنْتَ فِي حِلٍّ . وَأَعْلَمَ بِهِ الْوَلِيدُ بْنُ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، وَابْنَهُ ، وَهُمَا تَابِعِيَّانِ ، فَلَمْ يَنْكِرَاهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهَذَا مُتَّجِهٌ . وَاخْتَارَهُ شَيْخُنَا . السَّادِسَةُ ، لَوْ تَبَارَأَ ، وَكَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ دَيْنٌ مَكْتُوبٌ ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا اسْتِثْنَاءَهُ بَقْلِيهِ ، وَلَمْ يُبْرِئْهُ مِنْهُ ، قُبِلَ قَوْلُهُ ، وَلِخَصْمِهِ تَحْلِيْفُهُ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَتَوَجَّهَ الرَّوَّائِتانِ [٢٥٧/٢] فِي مُخَالَفَةِ النَّيَّةِ لِلْعَامِّ ، بَأَيُّهُمَا يُعْمَلُ . السَّابِعَةُ ، قَالَ الْقَاضِي

(١) فِي : الْمَغْنَى ٢٥٣/٨ .

(٢) فِي : بَابِ حَدِيثِ جَابِرِ الطَّوِيلِ ، وَقِصَّةِ أَبِي الْيَسْرِ ، مِنْ كِتَابِ الزُّهْدِ وَالرَّقَائِقِ . صَحِيحِ مُسْلِمٍ ٢٣٠٢/٤ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطِّفْلِ فِي قِيَامِ وَلِيِّهِ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَزُولُ عَنْهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ لِنَفْسِهِ وَقَبَضَ لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَهِيَ أَوْلَى . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَصْلَحَةٌ لَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَوَصِيَّتِهِ وَكَسْبِهِ الْمُبَاحَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ الْقَبْضِ مِنْهُ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ دُونَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَحْصُلُ بِهِ مُسْتَوِيًّا عَلَى الْمَالِ ، فَلَا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُهُ لَهُ وَتَفْرِيطُهُ فِيهِ ، فَيَتَعَيَّنُ حِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ بِتَوَقُّفِهِ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَقَبْضِهِ لَوَدِيعَتِهِ ، بِخِلَافِ الْقَبُولِ ، فَإِنَّهُ يَحْصُلُ لَهُ بِهِ الْمِلْكُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَاخْتِشَاشِهِ وَاضْطْيَادِهِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ الْأَبُ لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ شَيْئًا ، قَامَ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ وَالْقَبُولِ ، إِنْ احْتِيَجَ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَهَبَ لَوْلَدِهِ الطِّفْلَ دَارًا بَعَيْنَهَا ، أَوْ عَبْدًا بَعَيْنَهُ ، وَقَبَضَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، أَنَّ الْهَبَةَ تَامَّةٌ . هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرُوِيَ مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ ،

مُحِبُّ الدِّينِ بْنِ نَضْرٍ اللَّهِ ، فِي حَوَاشِي « الْفُرُوعِ » : الْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ عِنْدَنَا صَحِيحٌ ، لَكِنْ هَلْ هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ ، أَوْ خَاصٌّ بِالْأَمْوَالِ ؟ ظَاهِرٌ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ عَامٌّ . قُلْتُ : صَرَّحَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي آخِرِ الْقَذْفِ ، وَقَدَّمَهُ . وَقَالَ الشَّيْخُ عَبْدُ الْقَادِرِ ، فِي « الْغَنِيَّةِ » : لَا يَكْفِي الْاسْتِحْلَالُ الْمُبْهُمُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ مُحَرَّرًا هُنَاكَ .

وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ . فَإِنْ كَانَ الْمُؤَهَّبُ مِمَّا يَفْتَقِرُ إِلَى قَبْضٍ ، اكْتَفَى بِقَوْلِهِ : قَدْ وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي ، وَقَبَضْتُهُ لَهُ . لِأَنَّهُ يُغْنِي عَنِ الْقَبُولِ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَكْفِي قَوْلُهُ : قَدْ قَبِلْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ ، اكْتَفَى بِقَوْلِهِ : قَدْ وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ قَبْضٍ وَلَا قَبُولٍ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّ هِبَةَ الْأَبِ لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ فِي حِجْرِهِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ ، وَأَنَّ الْإِشْهَادَ فِيهَا يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ ؛ لِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ ، عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ عُثْمَانَ قَالَ : مَنْ نَحَلَ وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نَحْلَهُ ، فَأُعْلِنَ ذَلِكَ وَأُشْهِدَ عَلَى نَفْسِهِ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ ^(١) . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا بُدَّ فِي [٢٣٩/٥ ط] هِبَةِ الْوَلَدِ مِنْ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ عِنْدَهُمْ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ قَرَأَيْنِ الْأَحْوَالِ وَدَلَّاهُمَا تُغْنِي عَنِ لَفْظِ الْقَبُولِ ، وَلَا أَدَلَّ عَلَى الْقَبُولِ مِنْ كَوْنِ الْقَابِلِ هُوَ الْوَاهِبَ ، فَاعْتِبَارُ لَفْظِهِ لَا يُفِيدُ مَعْنَى مِنْ غَيْرِ وَرُودِ الشَّرْعِ بِهِ تَحَكُّمًا لَا مَعْنَى لَهُ ، مَعَ مُخَالَفَتِهِ لظَاهِرِ حَالِ أَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَصَحَابَتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ ، فَقَدْ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، فِي رَجُلٍ أَشْهَدَ بِسَهْمٍ مِنْ صَبِغَتِهِ ، وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ ، لِأَنَّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ غَيْرُهُ ، فَقَالَ : أَحِبُّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْإِشْهَادِ : قَدْ قَبَضْتُهُ لَهُ . قِيلَ ^(٢) لَهُ : فَإِنْ سَهَا . قَالَ : إِذَا كَانَ مُفَرِّزًا رَجَوْتُ . فَقَدْ ذَكَرَ أَحْمَدُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ :

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ يَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . السَّنَنِ الْكَبِيرَى ١٧٠/٦ .

(٢) فِي م : قَالَ .

قد قَبَضْتُهُ لَهُ . وَانَّهُ يَرْجُو أَنْ يُكْتَفَى مَعَ التَّمْيِيزِ بِالْإِشْهَادِ فَحَسَبُ . وَهَذَا مُوَافِقٌ لِلْإِجْمَاعِ الْمَذْكُورِ عَنْ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يُكْتَفَى بِأَحَدٍ لَفْظَيْنِ ، إِمَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ . أَوْ : قَدْ قَبَضْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ يُعْنَى عَنِ الْقَبْضِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَثْمَانِ وَغَيْرِهَا فِيمَا ذَكَرْنَا . وَبِهِ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ وَهَبَ لَهُ مَا لَا يُعْرَفُ بَعَيْنِهِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا أَنْ يَضَعَهَا عَلَى يَدِ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ قَدْ يَتَلَفُ ذَلِكَ ، أَوْ يَتَلَفُ بغيرِ سَبَبِهِ ، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، فَلَا يَنْفَعُ الْقَبْضُ شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَصِحُّ هَبْتُهُ ، فَإِذَا وَهَبَهُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ وَقَبَضَهُ لَهُ ، صَحَّ ، كَالْعُرُوضِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْوَاهِبُ لِلصَّبِيِّ غَيْرَ الْأَبِ مِنْ أَوْلِيَائِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا بُدَّ أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لِلصَّبِيِّ وَيَقْبِضُ لَهُ ؛ لِيَكُونَ الْإِجَابُ مِنْهُ ، وَالْقَبُولُ وَالْقَبْضُ مِنْ غَيْرِهِ ، كَمَا فِي الْبَيْعِ ، بِخِلَافِ الْأَبِ ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ وَيَقْبَلَ وَيَقْبِضَ ، لِكَوْنِهِ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) . وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ الْأَبَ وَغَيْرَهُ فِي هَذَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَجُوزُ أَنْ يَصْدُرَ مِنْهُ وَمِنْ وَكَيْلِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيْهِ ، كَالْأَبِ . وَفَارَقَ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهُ لَا^(٢) يَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَشْتَرِي لَهُ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمُرَابَحَةٌ ، فَيَتَنَبَّهُ فِي عَقْدِهِ لِنَفْسِهِ ، وَالْهَبَةُ مُحْضُ مَصْلَحَةٍ لَا تُنْهَمَةُ فِيهَا ، وَهُوَ وَلِيُّ ، فَجَازَ

(١) فِي : الْغَنَى ٢٥٥/٨ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير

أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، كَالْأَبِ ، وَلَأَنَّ الْبَيْعَ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْهُ لِمَا يَأْخُذُهُ مِنَ الْعَوَضِ لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ هُنَا يُعْطَى وَلَا يَأْخُذُ ، [٢٤٠/٥] فَلَا وَجْهَ لِمَنْعِهِ مِنْ ذَلِكَ وَتَوْقِيفِهِ عَلَى تَوْكِيلِ غَيْرِهِ ، وَلَأَنَّا قَدْ ذَكَّرْنَا أَنَّهُ يُسْتَغْنَى بِالْإِجَابِ وَالْإِشْهَادِ عَنِ الْقَبْضِ وَالْقَبُولِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّوْكِيلِ فِيهِمَا مَعَ غِنَاهُ عَنْهُمَا .

فصل : فَأَمَّا الْهَبَةُ مِنَ الصَّبِيِّ لغيرِهِ ، فَلَا تَصِحُّ ، سِوَاءَ إِذْنِ فِيهَا الْوَلِيِّ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّهُ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَظِّ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَبَرُّعُهُ ، كَالسَّفِيهِ . فَأَمَّا الْعَبْدُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَهَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لِسَيِّدِهِ ، وَمَالُهُ مَالٌ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَقَدْ ذَكَّرْنَا فِي جَوَازِ الصَّدَقَةِ مِنْ قُوَّتِهِ بِالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ رَوَايَةً أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ ، وَذَكَّرْنَا دَلِيلَهُ فِي الْحَجَرِ ^(١) . وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَقْبَلَ الْهَدِيَّةَ وَالْهَبَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لِلْسَيِّدِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُهُ فِيهِ ، كَالِاتِّقَاطِ وَالْأَصْطِيَادِ وَنَحْوِهِ .

فصل : وَالْقَبْضُ فِي الْهَبَةِ كَالْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ ، وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ وَالْاِخْتِلَافَ فِيهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَهَذَا مَقِيسٌ عَلَيْهِ .

الإنصاف

(١) انظر ما تقدم في ٤٢٩/١٣ .

٢٦٠٩ - مسألة : (وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمُشَاعِرِ) وبه قال مالك ، والشافعي . وسواء في ذلك ما أمكن قِسْمَتُهُ أو لم يُمكن . وقال أصحاب الرأي : لا تَصِحُّ هِبَةُ الْمُشَاعِرِ الذي يُمكن قِسْمَتُهُ ؛ لأنَّ القَبْضَ شَرْطٌ في الهِبَةِ ، ووجوب القِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ وتَمَامَهُ ، وَتَصِحُّ هِبَةُ ما لا يُمكن قِسْمَتَهُ ؛ لَعَدَمِ ذلك فيه . فإن وَهَبَ واحدٌ اثْنَيْنِ شيئاً ممَّا يَنْقَسِمُ ، لم يَجْزُ عِنْدَ أَى حَنِيفَةٍ ، وَجَازَ عِنْدَ صَاحِبِيهِ . وإن وَهَبَ اثْنَانِ اثْنَيْنِ شيئاً ممَّا يَنْقَسِمُ ، لم يَصِحَّ في قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِنَ الْمُتَهَبِّينِ قد وَهَبَ لهُ جُزْءٌ مُشَاعِرٌ . ولنا ، أنْ وَقَدْ هَوَازَنَ لَمَّا جَاءُوا يَطْلُبُونَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ ما غَنِمَهُ مِنْهُمْ ، قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِابْنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رواه البخاري^(١) . وهو هِبَةُ

قوله : وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمُشَاعِرِ . هذا المذهبُ المَقْطُوعُ بِهِ ، عِنْدَ الْأَصْحَابِ قَاطِبَةً . وفي طَرِيقَةٍ بَعْضُ الْأَصْحَابِ ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِنْ عَدَمِ إِجَارَةِ الْمُشَاعِرِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ وَلَا هِبَتُهُ .

(١) في : باب إذا وهب شيئاً لو كليل ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب من ملك من العرب رقيقاً ... ، من كتاب العتق ، وفي : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفي : باب من الدليل على أن الخمس لنواب المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كُرُوتُكُمْ ﴾ ... من كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٣٠/٣ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ١٠٨/٤ ، ٩٥/٥ . وليس فيه لفظ : « ما كان لي ولابني عبد المطلب فهو لكم » .

ولكن أخرجه النسائي ، في : باب هبة المشاعر ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٨٤ ، ٢١٨ .

مُشَاعٍ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ وَقَدْ جَاءَ رَجُلٌ وَمَعَهُ كُبَّةٌ ^(١) مِنْ شَعْرِ ، فَقَالَ : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ لِأُصْلِحَ بِهَا بَرْدَعَةً لِي ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِإِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكَ » ^(٢) . وَرَوَى عُمَيْرُ بْنُ سَلَمَةَ الضَّمَرِيُّ ، قَالَ : خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَتَّى أَتَيْنَا الرُّوحَاءَ ، فَرَأَيْنَا حِمَارًا وَخَشِرَ [٢٤٠/٥ ط] مَعْقُورًا ، فَأَرَدْنَا أَخْذَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْرٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَقَرَهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، شَانَكُمْ بِالْحِمَارِ . فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ^(٣) أَبَا بَكْرٍ ^(٤) أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالنَّسَائِيُّ ^(٥) . وَلأنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَتْ هِبَتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ وُجُوبَ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَذَا هُنَا . وَمَتَى كَانَتِ الْهِبَةُ لِاثْنَيْنِ ، فَقَبْضَاهُ بِإِذْنِهِ ، ثَبَتَ مِلْكُهُمَا فِيهِ ، وَإِنْ قَبْضَهُ أَحَدُهُمَا ، ثَبَتَ الْمِلْكُ فِي نَصِيبِهِ دُونَ نَصِيبِ ^(٥) صَاحِبِهِ .

(١) الكبة من الشعر : الخصلة المجمعة منه .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٧/٢ ، ٥٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٤/٢ .

(٣) - ٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه النسائي ، في : باب إباحة أكل لحوم حمر الوحش ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٨١/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١٨/٣ .

(٥) سقط من : م .

وَكُلُّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

المقنع

الشرح الكبير

٢٦١٠ - مسألة : (و) تَصِحُّ هِبَةٌ (كُلُّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ ، فَصَحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَتَصِحُّ هِبَةُ الْكَلْبِ وَمَا ^(١) يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنَ النَّجَاسَاتِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَجَازَ فِي ذَلِكَ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَمَتَى قُلْنَا : إِنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي الْهِبَةِ . لَمْ تَصِحَّ الْهِبَةُ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ ، كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْمَعْصُوبِ لغيرِ غَاصِبِهِ ، مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ ،

الإنصاف

قوله : وَكُلُّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . يَعْنِي ، تَصِحُّ هِبَتُهُ . وَهَذَا صَحِيحٌ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَمَفْهُومُهُ ، أَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يَجُوزُ هِبَتُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقِيلَ : تَصِحُّ هِبَةُ مَا يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنَ النَّجَاسَاتِ . جَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ . ^(٢) وَتَصِحُّ هِبَةُ الْكَلْبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالْثَّمَانِينَ » : وَلَيْسَ بَيْنَ الْقَاضِي وَصَاحِبِ « الْمُعْنَى » خِلَافٌ فِي الْحَقِيقَةِ ؛ لِأَنَّ نَقْلَ الْبَيْدِ فِي هَذِهِ الْأَغْيَانِ جَائِزٌ ، كَالْوَصِيَّةِ ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » . انْتَهَى . نَقَلَ حَنْبَلٌ ، فِي مَنْ أَهْدَى إِلَى رَجُلٍ كَلْبَ صَيْدٍ ، تَرَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهِ ؟ قَالَ : هَذَا خِلَافُ الثَّمَنِ ، هَذَا عَوَضٌ مِنْ شَيْءٍ ، فَأَمَّا الثَّمَنُ ، فَلَا . وَأُطْلِقَ فِي الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ وَجْهَيْنِ فِي « الرُّعَايَةِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » . وَقِيلَ : وَتَصِحُّ أَيْضًا هِبَةُ جِلْدِ الْمَيِّتَةِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَيُظْهَرُ لِي صِحَّةُ هِبَةِ الصُّوفِ عَلَى الظُّهْرِ ، قَوْلًا وَاحِدًا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَمَالًا » .

(٢) (٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

أَشْبَهَ الْبَيْعَ . فَإِنْ وَهَبَ الْمَعْصُوبُ لِعَاصِبِهِ ، أَوْ لِمَنْ يَتِمَكَّنُ مِنْ أَخْذِهِ مِنْهُ ، الشرح الكبير
صَحَّ ؛ لِإِمْكَانِ قَبْضِهِ . وَلَيْسَ لَغَيْرِ الْعَاصِبِ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ . فَإِنْ
وَكَّلَ الْمَالِكُ الْعَاصِبَ فِي تَقْيِيضِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُتَّهَبُ الْعَاصِبَ فِي
الْقَبْضِ لَهُ ، فَقَبِلَ وَمَضَى زَمَنٌ يُمْكِنُ قَبْضُهُ فِيهِ ، صَارَ مَقْبُوضًا ، وَمَلَكَهُ
الْمُتَّهَبُ ، وَبَرِيَ الْعَاصِبُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَبْضُ لَيْسَ شَرْطًا فِي
الْهَبَةِ . فَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ فِي صِحَّةِ هَبَتِهِ
الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ بِلا عَوْضٍ ، أَشْبَهَ
الْوَصِيَّةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَبَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، أَشْبَهَ الْحَمْلَ فِي
الْبَطْنِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي هَبَةِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، إِذَا
كَانَ مَمْلُوكًا .

تنبيه : مفهوم كلام المصنّف أيضًا ، أَنَّهُ لَا تَصِحُّ هَبَةُ أُمِّ الْوَلَدِ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ
بَيْعُهَا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : يَصِحُّ هُنَا ، مَعَ الْقَوْلِ بَعْدَ صِحَّةِ
بَيْعِهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : يَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ الْقَوْلُ
بِالصَّحَّةِ ؛ بِأَنْ يَكُونَ حُكْمُهَا حُكْمَ الْإِمَاءِ فِي الْخِدْمَةِ وَنَحْوِهَا ، إِلَى أَنْ يَمُوتَ
الْوَاهِبُ ، فَتَعَيَّنَ ، وَتَخْرُجَ مِنَ الْهَبَةِ .

(١) بعده في ر ١ : « ومضى » . وبعده في م : « في » .

وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ،
 ٢٦١١ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ) كَالْحَمْلِ فِي

الشرح الكبير

الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو
 ثور ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ هِبَتُهُ ، كَمَا لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ .
 وَفِي الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَمَتَى أُذِنَ لَهُ فِي
 جِزِّ الصُّوفِ ، وَحَلَبِ الشَّاةِ ، كَانَ لِإِبَاحَةِ ، وَإِنْ [٥ / ٢٤١] وَهَبَ دُهْنَ
 سِنْسِمِهِ قَبْلَ عَصْرِهِ ، أَوْ زَيْتَ زَيْتُونِهِ ، أَوْ جَفْتَهُ ^(١) ، لَمْ يَصِحَّ . وبهذا قال
 الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَا تَصِحُّ
 هِبَةُ الْمَعْلُومِ ، كَالَّذِي تَحْمِلُ أُمُّهُ أَوْ شَجَرَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ عَقْدُ تَمْلِكٍ فِي
 الْحَيَاةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ فِي هَذَا كُلِّهِ ، كَالْبَيْعِ .

الإنصاف

قوله : وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ . اعْلَمْ أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ هِبَةَ
 الْمَجْهُولِ كَالصُّلْحِ عَنِ الْمَجْهُولِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الصُّلْحِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَيَصِحُّ
 الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . ^(٢) اعْلَمْ أَنَّ الْمَوْهُوبَ
 الْمَجْهُولَ ؛ تَارَةً يَتَعَذَّرُ عِلْمُهُ ، وَتَارَةً لَا يَتَعَذَّرُ عِلْمُهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ عِلْمُهُ ، فَالصَّحِيحُ
 مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الصُّلْحِ عَلَى الْمَجْهُولِ الْمُتَعَذِّرِ عِلْمُهُ ، كَمَا تَقَدَّمَ .
 وَهُوَ الصَّحَّةُ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْمُنَوَّرِ » ،
 وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَظَاهِرُ
 كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَأَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِإِطْلَاقِهِمْ عَدَمَ الصَّحَّةِ فِي هِبَةِ ^(٣)

(١) الجفت : هو القشر الرقيق الذي بين اللحم والقشر الصلب الذي هو وعاء اللحم شجر البلوط . انظر :

معجم أسماء النبات ١٥٢ ، حديقة الأزهار في ماهية العشب والعقار ، للوزير ٨٣ .

(٢-٣) زيادة من : ١ .

الشرح الكبير

فصل : قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح . نص عليه أحمد ، في رواية أبي داود ، وحرب . وبه قال الشافعي . قال شيخنا^(١) : ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة ؛ لأنه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها ؛ لأنه لا غرر في حقه ، فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له ، كالوصية . وقال مالك : تصح هبة المجهول ؛ لأنه تبرع ، فصح في المجهول ، كالنذر والوصية . ولنا ، أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط ، فلم يصح في المجهول ، كالبيع ، بخلاف النذر

^(٢) المجهول ، من غير تفصيل . وهو ظاهر رواية أبي داود ، وحرب الآيتين . وإن لم يتعد علمه ، فالصحيح من المذهب ، أنها لا تصح ، وعليه جماهير الأصحاب ، وأكثرهم قطع به . نقل حرب ، لا تصح هبة المجهول . وقال في رواية حرب أيضًا : إذا قال : شاة من غنمي . يعني ، وهبتها له ، لم يحز^(٣) . وقال المصنف : ويحتمل أن الجهل^(٤) إذا كان^(٥) من الواهب ، منع الصحة ، وإن كان من الموهوب له ، لم يمنعها . وقال الشيخ تقي الدين : تصح هبة المجهول ؛ كقوله : ما أخذت من مالي ، فهو لك . أو من وجد شيئاً من مالي ، فهو له . واختار الحارثي صحة هبة المجهول .

فائدة : لو قال : خذ من هذا الكيس ما شئت . كان له أخذ ما فيه جميعاً . ولو قال : خذ من هذه الدراهم ما شئت . لم يملك أخذها كلها ؛ إذ الكيس ظرف ،

(١) في : المغنى ٢٤٩/٨ ، ٢٥٠ .

(٢ - ٣) زيادة من : ١ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، وَلَا شَرْطُ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاَهَا ، نَحْوًا لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا .

الشرح الكبير والوصية . فَأَمَّا (مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ) فَتَصِحُّ هِبَتُهُ ، فِي أَحَدِ الْاِخْتِمَالَيْنِ ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ الْهَبَةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

٢٦١٢ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، وَلَا شَرْطُ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاَهَا ، نَحْوُ أَنْ لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا) لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْهَبَةِ عَلَى شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِعَيْنٍ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجْزِ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ عَلَّقَهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لَا مُمْسَكَةَ : « إِنَّ

الإنصاف فإذا أَخَذَ الْمَظْرُوفَ ، حَسَنَ أَنْ يَقُولَ : أَخَذْتُ مِنَ الْكِيسِ مَا فِيهِ . وَلَا يَحْسُنُ أَنْ يَقُولَ : أَخَذْتُ مِنَ الدَّرَاهِمِ كُلِّهَا . نَقَلَهُ الْحَارِثِيُّ عَنْ « نَوَادِرِ ابْنِ الصَّبْرِ » .
قوله : وَلَا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . يَعْنِي ، لَا تَصِحُّ هِبَتُهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقِيلَ : تَصِحُّ هِبَتُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
وَيَتَوَجَّهُ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ ، جَوَازُ هِبَةِ الْمَعْدُومِ وَغَيْرِهِ . قُلْتُ : اخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ صِحَّةَ هِبَةِ الْمَعْدُومِ ؛ كَالثَّمَرِ ، وَاللَّبَنِ بِالسَّنَةِ . قَالَ : وَاشْتَرَاطُ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ هُنَا ، فِيهِ نَظَرٌ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

قوله : وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَذَكَرَ الْحَارِثِيُّ جَوَازَ تَعْلِيْقِهَا عَلَى شَرْطٍ . قُلْتُ : وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْفَائِقِ » .

وَلَا تَوْقِئُهَا ، كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً .

المقنع

الشرح الكبير

رَجَعْتُ هَدِيَّتَنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ ، فَهِيَ لَكَ ^(١) . كَانَ وَعْدًا ، لَا هِبَةً .
وَمَتَى شَرَطَ شَرْطًا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، نَحْوُ أَنْ لَا يَبِيعَهَا وَلَا يَهَبَهَا ، أَوْ بِشَرَطِ
أَنْ يَبِيعَهُ أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ أَنْ يَهَبَ فَلَنَاشِئًا ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ .
وَفِي صِحَّةِ الْهِبَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ .

٢٦١٣ - مسألة : (وَلَا تَوْقِئُهَا ، كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً) إِذَا
وَقَّتْ الْهِبَةَ ، كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
عَقْدٌ تَمْلِيكٌ لِعَيْنٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مُوقَّتًا ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ أَمَةً وَاسْتَشْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ، صَحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ،
فِي مَنْ أَعْتَقَ أَمَةً وَاسْتَشْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْأَمِّ وَاسْتَشْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ،

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : وَلَا شَرَطَ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ؛ نَحْوُ ، أَنْ لَا يَبِيعَهَا ، وَلَا يَهَبَهَا .
هَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ ، بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ هَلْ تَصِحُّ الْهِبَةُ ، أَمْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً
عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . ^(٢) وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ
الصَّحَّةُ ^(٣) .

قوله : وَلَا تَوْقِئُهَا ، كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ ، إِلَّا مَا اسْتَشْنَاهُ الْمُصَنِّفُ . وَذَكَرَ الْحَارِثِيُّ الْجَوَازَ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ
الدِّينِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٤ .

(٢ - ٣) زيادة من : ١ .

إِلَّا فِي الْعُمَرَى ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ . أَوْ :
أَرْقَبْتُكَهَا . أَوْ : جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ . أَوْ : حَيَاتَكَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ،
وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ .

أَشْبَهَ الْعِتَقَ . وَبِهِ يَقُولُ فِي الْعِتَقِ النَّحَعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَيَتَخَرَّجُ
أَنْ لَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ أُمَةً وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي
الْبَيْعِ ^(١) . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الْهَبَةُ وَيُطْلُ [٢٤١/٥ ظ]
الِاسْتِثْنَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَهَبِ الْوَلَدَ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ
وَكَالْمَوْصَى بِهِ .

٢٦١٤ - مسألة : (إِلَّا فِي الْعُمَرَى) وَالرُّقْبَى (وَهُوَ أَنْ يَقُولَ :
أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ . أَوْ : أَرْقَبْتُكَهَا . أَوْ : جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ . أَوْ :
حَيَاتَكَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ) الْعُمَرَى
وَالرُّقْبَى ؛ نَوْعَانِ مِنْ أَنْوَاعِ الْهَبَةِ ، يَفْتَقِرَانِ إِلَى مَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ سَائِرُ الْهَبَاتِ ،
مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَ ذَلِكَ عِنْدَ مَنْ اِعْتَبَرَهُ .
وَصُورَةُ الْعُمَرَى أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ . أَوْ : هِيَ لَكَ عُمْرَكَ .

قوله : إِلَّا فِي الْعُمَرَى ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ أَرْقَبْتُكَهَا ، أَوْ
جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ ، أَوْ حَيَاتَكَ . وَكَذَا قَوْلُهُ : أَعْطَيْتُكَهَا . أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمَرَى ،
أَوْ رُقْبَى أَوْ مَا يَقِيَتْ - فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ - بَفَتْحِ الْمِيمِ - وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ
بَعْدِهِ . هَذِهِ الْعُمَرَى ، وَالرُّقْبَى . وَهِيَ صَحِيحَةٌ بِهَذِهِ الْأَلْفَافِ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ

(١) انظر ما تقدم في ١٢٨/١ ، ١٢٩ .

الشرح الكبير

أَوْ : مَا عِشْتَ . أَوْ : مُدَّةَ حَيَاتِكَ . أَوْ : مَا حَيَّيْتَ . أَوْ نَحْوَ هَذَا . سُمِّيَتْ
عُمْرَى لِتَقْيِيدِهَا بِالْعُمْرِ . وَالرُّقْبَى أَنْ يَقُولَ : أَرْقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ . أَوْ : هِيَ
لَكَ حَيَاتُكَ ، عَلَى أَنَّكَ إِنْ مِتَّ قَبْلِي عَادْتَ إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتَّ قَبْلَكَ ، فَهِيَ
لَكَ وَلَعَقِبِكَ . فَكَأَنَّهُ يَقُولُ : هِيَ لآخرنا مَوْتًا . وَلِذَلِكَ سُمِّيَتْ رُقْبَى ؛
لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وَهُمَا جَائِزَانِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ
الْعِلْمِ . وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِهِمْ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُعْمِرُوا
وَلَا تُرْقِبُوا » ^(١) . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
« الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا ، وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ،
وَالْتِّرَمِذِيُّ ^(٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فَأَمَّا النَّهْيُ فَإِنَّمَا وَرَدَ عَلَى وَجْهِ
الِإِغْلَامِ لَهُمْ إِنْكُمْ إِنْ أَعْمَرْتُمْ أَوْ أَرْقَبْتُمْ يَعُدُّ لِلْمُعْمَرِ وَالْمَرْقَبِ ، وَلَمْ يَعُدَّ
إِلَيْكُمْ مِنْهُ شَيْءٌ . وَسِيَاقُ الْحَدِيثِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : « فَمَنْ أَعْمَرَ
عُمْرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَعَقِبِهِ » . وَلَوْ أُرِيدَ بِهِ حَقِيقَةُ
النَّهْيِ ، لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ صِحَّتَهَا ؛ فَإِنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا يَمْنَعُ صِحَّةَ مَا يُفِيدُ الْمَنْهَى

وَلَوْ رَوَيْتَهُ مِنْ بَعْدِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : الْعُمْرَى الْإِنْصَافُ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابٍ مِنْ قَالَ فِيهِ : وَلَعَقِبِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٢٦٤/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ،
فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِحَبْرِ جَابِرٍ فِي الْعُمْرِ . الْمُجْتَبَى ٢٣٠/٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرُّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٢٦٥/٢ . وَالتِّرَمِذِيُّ ، فِي :
بَابِ مَا جَاءَ فِي الرُّقْبَى ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْزَدِيِّ ١٠١/٦ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِحَبْرِ جَابِرٍ فِي الْعُمْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُمْرِ .
الْمُجْتَبَى ٢٣٢/٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الرُّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،
فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ .

عنه فائدة^(١) ، أمّا إذا كان صِحَّةُ الْمَنْهَى عنه^(٢) ضَرَرًا عَلَى مُرْتَكِبِهِ ، لم يَمْنَعْ صِحَّتَهُ ، كَالطَّلَاقِ فِي زَمَنِ الْحَيْضِ ، وَصِحَّةُ الْعُمَرَى ضَرَرًا عَلَى الْمُعْمِرِ ، فَإِنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ بِغَيْرِ عَوْضٍ . إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَإِنَّ الْعُمَرَى تَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَى الْمُعْمِرِ . وَبِهَذَا قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَشُرَيْحٌ ، وَجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ : الْعُمَرَى تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ ، لَا تَمْلِكُ بِهَا رَقَبَةً الْمُعْمِرِ بِحَالٍ ، وَيَكُونُ لِلْمُعْمِرِ السُّكْنَى ، فَإِذَا^(٣) مَاتَ ، عَادَتْ إِلَى الْمُعْمِرِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ وَلِعَقِبِهِ . كَانَ سُكْنَاهَا لَهُمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا عَادَتْ [٢٤٢/٥] إِلَى الْمُعْمِرِ . وَاجْتَبَوْا^(٤) بِمَا رَوَى يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ ، قَالَ : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعُمَرَى ،

الْمَشْرُوعَةُ^(٥) ، أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ مِنْ بَعْدِكَ لِأَخِي . وَنَقَلَ يَعْقُوبٌ ، وَابْنُ هَانِئٌ ، مَنْ يُعْمَرُ الْجَارِيَّةُ ، هَلْ يَطُوهَا ؟ قَالَ : لَا أَرَاهُ . وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْوَرَعِ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ جَعَلَهَا تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالثَّلَاثِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » [٢٥٧/٢ ط] : وَهُوَ بَعِيدٌ . وَالصَّوَابُ تَحْرِيمُهُ ، وَحَمْلُهُ عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ بِالْعُمَرَى قَاصِرٌ .

فائدة : لو لم يكن له ورثة ، كان لبيت المال .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « فيه فإن » .

(٣) في م : « واحتجا » .

(٤) في ط : « الشرعية » .

ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم ، وما أعطوا . وقال إبراهيم الحري ، عن ابن الأعرابي : لم يَخْتَلِفِ الْعَرَبُ فِي الْعُمَرَى ، وَالرَّقْبَى ، وَالْإِفْقَارِ ^(١) ، وَالْمِنْحَةِ ^(٢) ، وَالْعَارِيَةِ ، وَالسُّكْنَى ، وَالْإِطْرَاقِ ، أَنَّهَا عَلَى مِلْكِ أَرْبَابِهَا ، وَمَنَافِعُهَا لِمَنْ جُعِلَتْ لَهُ . وَلَأَنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَتَأَقَّتْ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ إِلَى مُدَّةٍ ، فَإِذَا كَانَ لَا يَتَأَقَّتْ حُمِلَ قَوْلُهُ عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَوْقِيتُهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمُرِي فِيهِ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلَعَقِبِهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٣) . وَفِي لَفْظٍ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْعُمَرَى لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ ^(٥) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قَالَ

الإِنْصَافُ

- (١) الإِفْقَارُ : أَنْ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ دَابَّتَهُ ، فَيُرْكَبُهَا مَا أَحَبَّ فِي سَفَرٍ أَوْ حَضَرَ ، ثُمَّ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ .
 (٢) الْمِنْحَةُ : أَنْ يُنْحَلَ الرَّجُلُ أَخَاهُ نَاقَةً أَوْ شَاةً ، فَيَحْتَلِبُهَا عَامًا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ .
 (٣) فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٥/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِخَبَرِ جَابِرٍ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣١/٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١٢/٣ ، ٣٨٦ .
 (٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا قِيلَ فِي الْعُمَرَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٦/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٣/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣٤/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٣ ، ٣٠٤/٣ .
 (٥) فِي : بَابِ الرَّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٦/٢ .

رسول الله ﷺ : « لَا رُقْيَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » .
وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العُمري للوارث^(١) . وقد روى
مالك حديث العُمري في « مُوطئه »^(٢) . وهو صحيح رواه جابر ، وابن
عُمَرَ ، وابن عباس^(٣) ، ومعاوية ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة^(٤) .
وقول القاسم لا يُقبل في مخالفة مَنْ سَمِينَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ ، فكيف
يُقبل في مخالفة سَيِّدِ الْمُرْسَلِينَ ! ولا يصح دَعْوَى إِجْمَاعِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ،
لِكَثْرَةِ مَنْ قَالَ بِهَا مِنْهُمْ ، وَقَضَى بِهَا طَارِقٌ^(٥) بِالْمَدِينَةِ بِأَمْرِ عَبْدِ الْمَلِكِ
ابنِ مَرْوَانَ . وقول ابنِ الْأَعْرَابِيِّ : إِنَّهَا عِنْدَ الْعَرَبِ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ . لا
يَضُرُّ إِذَا نَقَلَهَا الشَّرْعُ إِلَى تَمْلِيكِ الرُّقْبَةِ ، كَمَا نَقَلَ الصَّلَاةَ مِنَ الدُّعَاءِ إِلَى الْأَفْعَالِ
الْمَنْظُومَةِ ، وَنَقَلَ الظُّهَارَ وَالْإِيلَاءَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى أَحْكَامِ مَخْصُوصَةٍ .

- (١) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقي ، ومن كتاب العمري . المجتبى
٢٢٨/٦ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٨٩/٥ .
(٢) في : باب القضاء في العمري ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٦/٢ .
(٣) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقي ، ومن كتاب العمري .
المجتبى ٢٢٧/٦ ، ٢٢٩ .
(٤) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العمري والرقي ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢١٦/٣ .
ومسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب في العمري ،
من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب
العمري . المجتبى ٢٣٥/٦ .
(٥) هو طارق بن عمرو مولى عثمان . انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١ .

وَأَنْ شَرَطَ رَجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمَرِ عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . صَحَّ الشَّرْطُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ .

قَوْلُهُمْ : إِنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَتَأَقُّتُ . قُلْنَا : فَلِذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأْقِيتَهَا ، وَجَعَلَهَا تَمْلِيكًا مُطْلَقًا . فَإِنْ قَالَ فِي الْعُمَرَى : إِنَّهَا لِلْمُعْمَرِ وَعَقِبِهِ . كَانَ تَوْكِيدًا لِحُكْمِهَا ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ جَمِيعِ الْقَائِلِينَ بِهَا .

٢٦١٥ - مسألة : (وَأَنْ شَرَطَ رَجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمَرِ عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . صَحَّ الشَّرْطُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ) مِنْ بَعْدِهِ . أَمَّا إِذَا [٢٤٢/٥ ط] شَرَطَ رَجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمَرِ عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . أَوْ : إِذَا مِتَّ عَادَتْ إِلَى إِنْ كُنْتُ حَيًّا . أَوْ : إِلَى وَرَثَتِي . فَفِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، صِحَّةُ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ ، وَمَتَى مَاتَ الْمُعْمَرُ رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَيزِيدُ بْنُ

قَوْلُهُ : وَأَنْ شَرَطَ رَجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمَرِ - بِكَسْرِ الْمِيمِ - عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . صَحَّ الشَّرْطُ . هَذَا إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، وَ«الْحَاوِي الصُّغِيرِ» . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ - بِفَتْحِ الْمِيمِ - وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . قَالَ فِي «الْفَائِقِ» : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، وَ«الْمُنَوَّرِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الرَّعَايَةِ

قُسَيْطٌ^(١) ، والزُّهْرِيُّ ، وأبو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وابنُ أُمِّ ذَيْبٍ ، ومَالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ . وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قال : إِنَّمَا الْعُمَرَى الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَرَوَى مَالِكٌ فِي « مُوطَّئِهِ »^(٣) ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمَرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا ، لَا تَرْجِعُ إِلَى مَنْ أَعْطَاهَا » . لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ

الْكُبْرَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، عَنْ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى : هُوَ الْمَذْهَبُ . وَقَالَ عَنِ الثَّانِيَةِ : لَا تَصِحُّ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ بِصِحَّةِ الشَّرْطِ .

(١) هو يزيد بن عبد الله بن قسيط المدني الأعرج ، أبو عبد الله ، الإمام الفقيه الثقة . توفي سنة اثنتين وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٢٦٦/٥ .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٤/٣ .

ولم نجده في البخارى : انظر الإرواء ٥٥/٦ ، واللؤلؤ والمرجان ١٨٦/٢ .

(٣) في : باب القضاء في العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٦/٢ . كما أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٥/٣ ، ١٢٤٦ . وأبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في العمرى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٩/٦ . والنسائى ، في : باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٣/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٠/٦ ، ٣٩٩ .

عليه السلام : « الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(١) . وقال القاسم بن محمد : ما أدركتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ . والثانية ، أَنَّهَا تَكُونُ لِلْمُعَمَّرِ أَيْضًا وَلَوَرَّثَتْهُ ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ . وهو قولُ الشافعي الجديدي^(٢) ، وأبي حنيفة . قال شيخنا^(٣) : وهو ظاهرُ المذهب . نصُّ عليه أحمدُ ، في رواية أبي طالب ؛ للأحاديثِ المطلقةِ التي ذكرناها ، ولقولِ رسولِ الله ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . قال مجاهدٌ : والرُقْبَى ، هو أن يقول : هي للآخر مِنِّي ومنك موتًا . قال مجاهدٌ : سُمِّيَتْ بذلك ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وروى الإمامُ أحمدُ^(٤) ، بإسناده ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا عُمرَى وَلَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا أَوْ أُرْقِبَ فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وهذا صريحٌ في إبطالِ الشرطِ ؛ لِأَنَّ الرُقْبَى يُشْتَرَطُ فِيهَا عَوْدُهَا إِلَى المُرْقَبِ إِنْ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَهُ .

تنبيه : من لازمِ صِحَّةِ الشرطِ ، صِحَّةُ العقدِ ، ولا عَكْسَ . والصَّحِيحُ مِنَ الإِنصَافِ المذهبِ ، أَنَّ العقدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ صَحِيحٌ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) تقدم تخريجه في ١٠/١٤٩ .

(٢) في ٢ ، م : « في الجديد » .

(٣) في : المغني ٨/٢٨٥ .

(٤) في : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

فَأَمَّا حَدِيثُهُمُ الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ ، فَمِنْ قَوْلِ جَابِرٍ نَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا نَقُلُ لَفْظَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلَا تَفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا ، وَلِعَقِيبِهِ » . وَلَئِنَّا لَوْ أَجَزْنَا هَذَا الشَّرْطَ ، كَانَتْ هِبَةً مُوقَّتَةً ، وَالْهِبَةُ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّاقِيْتُ ، وَإِنَّمَا لَمْ يُفْسِدْهَا الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى [٢٤٣/٥] الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا شَرْطُ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَمَتَى لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ مَعَ الْمَعْقُودِ مَعَهُ ، لَمْ يُؤْتَرْ فِيهِ . وَأَمَّا ^(١) قَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ الْآخِرِ : لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ . فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ كَلَامِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، كَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذَرْبٍ ، وَفَصَّلَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَقَالَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : إِنَّهُ قَصَصَ فِي مَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي لَهُ وَلِعَقِيبِهِ فَهِيَ لَهُ بَتْلَةٌ ^(٢) ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطَى فِيهَا شَرْطٌ وَلَا مَثْنَوِيَّةٌ ^(٣) . قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ ^(٤) .

و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ أَيْضًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وَجْهًا يُبْطِلَانِ الْعَقْدَ لِبُطْلَانِ الشَّرْطِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَا يَصِحُّ . انْتَهَى .

فائدة : لَا يَصِحُّ إِعْمَارُهُ الْمَنْفَعَةَ ، وَلَا إِزْقَابُهَا ، فَلَوْ قَالَ : سَكَنْتِي هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمْرُكَ . أَوْ غَلَّةَ هَذَا الْبُسْتَانِ . أَوْ خِدْمَةَ هَذَا الْعَبْدِ لَكَ عُمْرُكَ . أَوْ مَنْحُتَكَ عُمْرُكَ .

(١) فِي م : « وَلَنَا » .

(٢) بَتْلَةٌ : مَقْطُوعَةٌ .

(٣) الْمَثْنَوِيَّةُ . الْإِسْتِنَاءُ .

(٤) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ عِنْدَ مُسْلِمٍ وَالنَّسَائِيِّ فِي تَخْرِيجِ حَدِيثِ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرِي » فِي صَفْحَةِ ٥٢ .

فصل : والرُقْبَى كَالْعُمَرَى . قال أحمد : هي أن يقول : هي لك حياتك ، فإذا مِتَ فهي لفلان . أو : هي راجعةٌ إليَّ . وهي كالعُمَرَى فيما إذا شَرَطَ عَوْدَهَا إلى الْمُعْمِرِ . قال عليٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : العُمَرَى والرُقْبَى سواءٌ . وقال طاوُسٌ : مَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ . وقال الزُّهْرِيُّ : الرُقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِي أَنَّ مَعْنَاهَا إِذَا مِتَ فَهَذَا لَكَ . وقال الحسنُ ، ومالكُ ، وأبو حنيفةٌ : الرُقْبَى باطِلَةٌ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى ، وَأَبْطَلَ الرُقْبَى ^(١) . وَلِأَنَّ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِلْآخِرِ مِنَّا ، وَهَذَا تَمْلِيكٌ مُعَلَّقٌ بِخَطَرٍ ، وَلَا

أَوْ هُوَ لَكَ عُمْرُكَ . فَذَلِكَ عَارِيَّةٌ ، لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ^(٢) مَتَى شَاءَ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ . نَقَلَ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا قَالَ : هُوَ وَقَفَ عَلَى فُلَانٍ ، فَإِذَا مَاتَ ، فَلَوْ لَدَيْ ، أَوْ لِفُلَانٍ . فَكَمَا لَوْ ^(٣) قَالَ : إِذَا مَاتَ ، فَهُوَ لَوَلَدِهِ ، أَوْ لِمَنْ أَوْصَى لَهُ الْوَاقِفُ ، لَيْسَ يَمْلِكُ مِنْهُ شَيْئًا ، إِنَّمَا هُوَ لِمَنْ وَقَفَهُ ، يَضَعُهُ حَيْثُ شَاءَ ،

(١) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢) زيادة من : أ .

(٣) سقط من : الأصل .

يَجُوزُ تَعْلِيْقُ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحَادِيثِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ مَعْنَاهَا مَا ذَكَرُوهُ ، بَلْ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لَكَ حَيَاتُكَ ، فَإِنْ مِتَّ رَجَعْتَ إِلَيَّ ، فَتَكُونُ كَالْعُمَرَى سَوَاءً ، (١) إِلَّا أَنَّهُ زَادَ شَرْطَهَا لَوَرَثَةِ الْمُرَقَّبِ إِنْ مَاتَ الْمُرَقَّبُ قَبْلَهُ ، وَهَذَا يُبَيِّنُ تَأْكِيدَهَا عَلَى الْعُمَرَى .

فصل : وَتَصِحُّ الْعُمَرَى فِي الْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ ؛ لِأَنَّهَا نَوْعُ هِبَةٍ ، فَصَحَّتْ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ الْهِبَاتِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الرَّجُلِ يُعَمَّرُ الْجَارِيَةَ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا أَرَى لَهُ وَطْأَهَا . قَالَ الْقَاضِي : لَمْ يَتَوَقَّفْ أَحْمَدُ فِي وَطْءِ الْجَارِيَةِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا ، لَكِنْ عَلَى طَرِيقِ الْوَرَعِ ؛ لَكُونَ الْوَطْءُ اسْتِبَاحَةٌ فَرَجٌ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي الْعُمَرَى ، فَجَعَلَهَا بَعْضُهُمْ تَمْلِيكًا الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَرَ لَهُ وَطْأَهَا هَذَا ، وَلَوْ وَطِئَهَا ، جَازَ .

فصل : وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَوْ وَقَّتْ الْهِبَةُ فِي غَيْرِ الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً . أَوْ : إِلَى أَنْ يَفْقَدَ الْحَاجُّ . أَوْ : إِلَى أَنْ يَبْلُغَ وَلَدِي . أَوْ :

مِثْلَ السُّكْنَى ، وَالسُّكْنَى مَتَى شَاءَ رَجَعَ فِيهِ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، فِي الرُّقْبَى وَالْوَقْفِ ، إِذَا مَاتَ ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ ، بِخِلَافِ السُّكْنَى . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ أَيْضًا ، الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى وَالْوَقْفُ مَعْنَى وَاحِدٍ ؛ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَرْطٌ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَى وَرَثَةِ الْمُعَمَّرِ ، وَإِنْ شَرَطَ فِي وَفْقِهِ أَنَّهُ لَهُ حَيَاتُهُ ، رَجَعَ ، وَإِنْ جَعَلَهُ لَهُ حَيَاتُهُ وَبَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ لَوَرَثَةِ الَّذِي أَعْمَرَهُ ، وَلَا رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ . وَتَقَدَّمَ حُكْمُ الْوَقْفِ الْمُؤَقَّتِ .

(١-١) في م : «لأنه» .

مُدَّةَ حَيَاةِ فُلَانٍ . ونحو هذا ، لم يَصِحْ ؛ لَأَنَّهَا تَمْلِكُ الرَّقَبَةَ ، فلم تَصِحْ مُوَقَّتَةً ، كالْبَيْعِ ، وتُفَارِقُ العُمَرَى والرُّقْبَى ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ عُمَرَهُ ، فَإِذَا مَلَكَهُ عُمَرُهُ فَقَدْ وَقَّتَهُ بِمَا [٢٤٣/٥ ط] هُوَ مُوَقَّتٌ بِهِ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَالْمُطْلَقِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَالَ : سَكُنْهَا لَكَ عُمَرُكَ . فله أَخْذُهَا فِي أَى وَقْتٍ أَحَبَّ . وكذلك إِنْ قَالَ : اسْكُنْهَا . أَوْ : اسْكُنْتُكَهَا عُمَرُكَ . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ هَذَا عَقْدًا لَازِمًا ؛ لِأَنَّهُ فِي التَّحْقِيقِ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَالْمَنَافِعُ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى بِمُضِيِّ الزَّمَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَلَا تَلْزَمُ إِلَّا فِي قَدَرٍ مَا قَبَضَهُ مِنْهَا وَاسْتَوْفَاهُ بِالسُّكْنَى . فعلى هذا ، لِلْمُسْكِنِ الرَّجُوعُ متى شاء ، وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ مَنْ مَاتَ مِنْهُمَا . وبه قَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : هِيَ كَالْعُمَرَى ، يَثْبُتُ فِيهَا مِثْلُ حُكْمِهَا . وَحُكْمُهَا عَنْ الشَّعْبِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ ، اسْكُنْ حَتَّى تَمُوتَ . فَهِيَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ . وَإِنْ قَالَ : دَارِي هَذِهِ اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ ^(١) لَكَ . فَقَدْ جَعَلَ لَهُ رَقَبَتَهَا ، فَتَكُونُ عُمَرَى . وَإِذَا قَالَ : اسْكُنْ دَارِي هَذِهِ . فَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ نَفْعَهَا دُونَ رَقَبَتِهَا ، فَتَكُونُ عَارِيَّةً . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَقَعْ لَازِمًا ، كَالْعَارِيَّةِ ، وَفَارَقَ الْعُمَرَى ؛ فَإِنَّهَا هِبَةُ الرَّقَبَةِ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : هَذِهِ لَكَ ، اسْكُنْهَا حَتَّى

تَمُوتَ . فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ ، لَكَ سُكْنَاهَا حَتَّى تَمُوتَ . وَتَفْسِيرُهَا بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ السُّكْنَى ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ لَكَ سُكْنَاهَا . وَإِذَا احْتَمَلَ أَنَّهُ يُرِيدُ بِهِ الرَّقَبَةَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ السُّكْنَى ، فَلَا تُزِيلُ مِلْكَهُ بِالِاحْتِمَالِ .

فصل : إِذَا وَهَبَ هِبَةً فَاسِدَةً ، أَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، ثُمَّ وَهَبَ تِلْكَ الْعَيْنَ ، أَوْ بَاعَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ مَعَ عِلْمِهِ بِفَسَادِ الْأَوَّلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ عَالِمًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ اعْتَقَدَ صِحَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَفِي الثَّانِي وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَادَفَ مِلْكَهُ وَتَمَّ^(١) بِشُرُوطِهِ ، فَصَحَّ^(٢) ، كَمَا لَوْ عَلِمَ فَسَادَ الْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فُسَادَهُ ، فَفَسَدَ ، كَمَا لَوْ صَلَّى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مُحْدِثٌ ، فَبَانَ مُتَطَهِّرًا . وَهَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لِأَيِّهِ ، فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ وَمِلْكُهَا الْوَارِثُ ، أَوْ غَضِبَ عَيْنًا ، فَبَاعَهَا يَعْتَقِدُهَا مَغْضُوبَةً ، فَبَانَ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَعَلِيَ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِالطَّلَاقِ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَتِ امْرَأَتُهُ ، أَوْ بَاشَرَ بِالْعِتْقِ مَنْ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَتِ أُمَّتُهُ ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْحُرِّيَةِ رِوَايَتَانِ . [٢٤٤/٥ د] وَلِلشَّافِعِيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ ، كَمَا حَكَيْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) فِي م : « تَمَّ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لَمْ يَصَحَّ » .

فصل : وَالْمَشْرُوعُ فِي عَطِيَّةِ الْأَوْلَادِ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَالْمَشْرُوعُ فِي عَطِيَّةِ الْأَوْلَادِ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ) وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي اسْتِحْبَابِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمْ ، وَكَرَاهِيَةِ التَّفْضِيلِ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ حَتَّى فِي الْقَبْلِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالتَّسْوِيَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ أَنْ يَقْسَمَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثَ ، لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قَالَ شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ وَلَدَيْهِ : ارْزُدْهُمْ إِلَى سِهَامِ اللَّهِ وَفَرَاثِضِهِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : مَا كَانُوا يَقْسِمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ : يُعْطَى الْأُنثَى مِثْلَ مَا يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » . وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ : « أَيْسُرُكَ

قوله : وَالْمَشْرُوعُ فِي عَطِيَّةِ الْأَوْلَادِ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ . هَذَا الْمَذْهَبُ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَحَرْبٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمَرْوُذِيِّ ، وَالْكُوسَجِيِّ ، وَإِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، وَأَبِي طَالِبٍ ، وَابْنِ الْقَاسِمِ ، وَسِنْدِيِّ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، الْمَشْرُوعُ أَنْ يَكُونَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى ، كَمَا فِي التَّفَقُّهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » ، وَالْحَارِثِيُّ .

أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ . فَقَالَ : نَعَمْ . قَالَ « فَسَوَّ بَيْنَهُمْ »^(١) . وَابْنُ تَابِتٍ فِي اسْتِحْقَاقِ بَرِّهَا ، فَكَذَلِكَ فِي عَطِيَّتِهَا . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « سَوَّوْا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كُنْتُ مُؤْتَرًّا أَحَدًا لَأَثَرْتُ النِّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(٢) . وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، كَالنَّفَقَةِ وَالْكَسْوَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَى ، وَأَوَّلَى مَا اقْتَدَى بِهِ قِسْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ فِي الْحَيَاةِ إِحْدَى حَالَتَيِ الْعَطِيَّةِ ، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ مِنْهَا مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ، كَحَالَةِ الْمَوْتِ ، يَعْنِي الْمِيرَاثَ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لِمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَيَتَّبَعِي أَنْ تَكُونَ عَلَى حَسَبِهِ ، كَمَا أَنَّ مُعْجَلَ الزَّكَاةِ قَبْلَ وَجُوبِهَا يُؤَدِّيها عَلَى صِفَةِ أَدَائِهَا بَعْدَ وَجُوبِهَا ،

وَفِي « الْوَاضِحِ » وَجْهٌ ، تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ أَبِي وَأُمِّ ، وَآخَرُ وَأُخْتٍ . قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : لَا يَتَّبَعِي أَنْ يُفْضَلَ أَحَدًا مِنْ وَلَدِهِ فِي طَعَامٍ وَلَا غَيْرِهِ ، كَانَ^(٣) يُقَالُ : يَعْدِلُ بَيْنَهُمْ فِي الْقَبْلِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَدَخَلَ فِيهِ نَظَرُ وَقْفٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ الذَّمَّةِ^(٤) .

(١) يَأْتِي تَحْرِيجُهُ مِنْ حَدِيثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ فِي صَفْحَةِ ٦٥ .

(٢) فِي : بَابِ مَنْ قَطَعَ مِيرَاثًا فَارْضَهُ اللَّهُ . السَّنَنُ ٩٧/١ .

(٣) فِي ط : « كَا » .

(٤) قَوْمٌ ذَمَّةٌ : مُعَاهَدُونَ ، أَيْ ذَوُو ذِمَّةٍ ، وَهُوَ : الذَّم . اللِّسَانُ ٢٢١/١٢ .

الشرح الكبير

وكذلك الكفارات المعجلة ، ولأن الذكر أخوج من الأنثى ، من قبل
أنهما إذا تزوجا جميعاً ، فالصداق والتنفقة ونفقة الأولاد على الذكر ،
والأنثى لها ذلك ، فكان أولى بالتفضيل ؛ لزيادة حاجته ، وقد قسم الله
الميراث ، ففضل الذكر مقروناً بهذا المعنى ، فيعلل به ، ويتعدى ذلك
إلى العطية في الحياة . وحديث بشير قضية عين ، وحكاية حال لا عموم
لها ، إنما يثبت حكمها في مثلها ، ولا نعلم حال أولاد بشير ، هل كان
فيهم أنثى [٢٤٤/٥ ط] أو لا . ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد
ذكر . ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى . ويحتمل أنه
أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته ، فإن التسوية لا تقتضي التسوية
من كل وجه ، وكذلك الحديث الآخر ، ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا
يقيسون إلا على كتاب الله تعالى . وهذا خبر عن جميعهم . على أن
الصحيح في خبر ابن عباس أنه مرسل .

تنبيهات ؛ الأول ، يحتمل قوله : في عطية الأولاد . دخول أولاد الأولاد ،
ويؤويه قوله : القسمة بينهم على قدر إرثهم . فقد يكون في ولد الولد من يرث . وهذا
المذهب ، وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه في « الفروع » . ويحتمل أن هذا
الحكم مخصوص بأولاده لصلبه . وهو وجه . وذكر الحارثي ، لا ولد بنيه^(١)
وبناته . الثاني ، قوة كلام المصنف تعطى أن فعل ذلك على سبيل الاستحباب .
وهو قول القاضي في « شرحه » . وتقدم كلامه في « الواضح » . والصحيح من

(١) سقط من : الأصل .

المذهب ؛ أنه إذا فعل ذلك يجب عليه ، ولا يأباه المصنف هنا . وجزم به في « المحرر » ، و « التلخيص » ، و « النظم » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . وقدمه في « الفروع » ، و « الحارثي » . واختاره الشيخ تقي الدين . وقال : هو المذهب . الثالث ، مفهوم قوله : والمشروع في عطية الأولاد . أن الأقارب الوارثين غير الأولاد ، ليس عليه التسوية بينهم . وهو اختيار المصنف ، والشارح . قال في « الحاوي الصغير » : وهو أصح . وهو ظاهر كلامه في « الوجيز » ، فإنه قال : يجب التعديل في عطية أولاده بقدر إرثهم منه . قال الحارثي : هو المذهب ، وعليه المتقدمون ؛ كالخريقي ، وأبي بكر ، وابن أبي موسى . قال في « الفروع » : وهو سهو . انتهى . والصحيح أن حكم الأقارب الوراث في العطية ، كالأولاد . نص عليه ، وجزم به [٢٥٨/٢] في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ، و « المحرر » ، وغيرهم . وقدمه في « الرعايتين » ، و « النظم » ، و « الفائق » ، و « الفروع » ، وقال : اختاره الأكثر . وأما الزوج والزوجة ، فلا يذخلان في لفظ الأولاد والأقارب ، بل نزاع بين الأصحاب ، فهم خارجون من هذه الأحكام . صرح به في « الرعاية » وغيرها ، وهو ظاهر كلام الباقيين . الرابع ، ظاهر كلام المصنف مشروعية التسوية في الإعطاء ، سواء كان قليلاً أو كثيراً ، وسواء كانوا كلهم فقراء أو بعضهم . واعلم أن الإمام أحمد نص على أنه يغني عن الشيء التافه . وقال القاضي أبو يعلى الصغير : يغني عن الشيء اليسير . وعنه ، يجب التسوية أيضاً فيه ، إذا تساؤوا في الفقر أو الغنى .

فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ أَوْ فَضَّلَهُ ، فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ [١٥٧] المُنْعِ
إِعْطَاءِ الْآخِرِ حَتَّى يَسْتَوُوا .

٢٦١٦ - مسألة : (فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ أَوْ فَضَّلَهُ ، فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ
بِالرُّجُوعِ أَوْ إِعْطَاءِ الْآخِرِ حَتَّى يَسْتَوُوا) قد ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَشْرُوعَ أَنْ يُسَوَّى
بَيْنَ أَوْلَادِهِ فِي الْعَطِيَّةِ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ ، فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِعَطِيَّتِهِ ، أَوْ
فَاضَّلَ بَيْنَهُمْ ، أَيْمَ ، إِذَا لَمْ يَخْتَصَّ بِمَعْنَى يُبِيحُ التَّفْضِيلَ ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ
التَّسْوِيَةُ ، إِمَّا بَرْدٌ مَا فَضَّلَ بِهِ الْبَعْضُ ، أَوْ إِعْطَاءِ الْآخِرِ حَتَّى يُتِمَّ نَصِيبَهُ .
قَالَ طَاوُسٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَلَا رَغِيفٌ مُحْتَرَقٌ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ .

قوله : فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ أَوْ فَضَّلَهُ ، فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ إِعْطَاءِ الْآخِرِ
حَتَّى يَسْتَوُوا . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ،
وغيرهم . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ يُوسُفَ بْنِ
مُوسَى ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ ظَاهِرٌ لِإِرَادِ الْكِتَابِ
وَالْأَصْحَابِ . وَنَصَرَهُ . وَتَحْرِيمُ فِعْلِ ذَلِكَ ، فِي الْأَوْلَادِ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْأَقْرَابِ ،
مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَقِيلَ : إِنْ أُعْطِيَ لِمَعْنَى فِيهِ ؛ مِنْ حَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ،
أَوْ كَثْرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ لاشتغاله بالعلم ونحوه ، أَوْ مَنَعَ بَعْضُ وَلَدِهِ لِفَسْقِهِ ، أَوْ بِذَعْتِهِ ،
أَوْ لَكُونِهِ يَعْنِي اللَّهُ بِمَا يُأْخُذُهُ وَنَحْوُهُ ، جَازَ التَّخْصِيسُ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَاقْتَصَرَ
عَلَيْهِ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، إِلَّا أَنَّ تَكُونَ النُّسْخَةَ مَعْلُومَةً . وَقَطَعَ بِهِ النَّاطِلُ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِقِ » . وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ . قُلْتُ : قَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ

وَرَوَى مَعْنَاهُ عَنْ مُجَاهِدٍ ، وَعُرْوَةَ . وَكَانَ الْحَسَنُ يَكْرَهُهُ ، وَيُجِيزُهُ ^(١) فِي الْقَضَاءِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ ذَلِكَ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ ابْنَتَهُ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ ^(٢) . وَاحتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ : « أَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . فَأَمَرَهُ بِتَأْكِيدِهَا دُونَ الرُّجُوعِ فِيهَا . وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ تَلْزَمُ بِمَوْتِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ جَائِزَةً ، كَمَا لَوْ سَوَّى بَيْنَهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ ، قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَى أُمِّي بِبَعْضِ مَالِهِ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ عَلَيْهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ بِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِيُشْهَدَهُ عَلَى صَدَقَتِي ، فَقَالَ : « أَكُلْ وَلَدَكَ أُعْطِيتَ مِثْلَهُ ؟ » . قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَارْجِعْ أُمِّي فَرَدَّتْ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْدُدْهُ » . وَفِي لَفْظٍ : « فَأَرْجِعْهُ » . وَفِي لَفْظٍ : « لَا تُشْهَدْنِي عَلَى جَوْرِ » وَفِي لَفْظٍ : « فَلَا تُشْهَدْنِي إِذَا » . وَفِي لَفْظٍ : « فَأُشْهَدَ عَلَى

على ذلك ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِم بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ لِحَاجَةٍ ، وَأَكْرَهُهُ ، إِذَا كَانَ عَلَى سَبِيلِ الْأَثَرَةِ . وَالْعَطِيَّةُ فِي مَعْنَى الْوَقْفِ . قُلْتُ : وَهَذَا قَوِيٌّ جَدًّا .

(١) فِي م : « يُجِيزُهُ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجهُ فِي ١٦/٤٨٥ .

هَذَا غَيْرِي . وفي لَفْظٍ : « سَوَّيْنَهُمْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وهو ^(٢) دَلِيلٌ على التَّحْرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ سَمَّاهُ جَوْرًا وَأَمَرَهُ بِرَدِّهِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّ تَفْضِيلَ بَعْضِهِمْ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ وَقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَتَرْوِيجِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتِهَا وَخَالَاتِهَا . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُعَارِضُ [٢٤٥/٥] قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يُحْتَجُّ بِهِ مَعَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَصَّهَا لِحَاجَتِهَا وَعَجَزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهَا بِفَضْلِهَا وَكَوْنِهَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ فَضَائِلِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ نَحْلَهَا وَنَحْلَ غَيْرِهَا مِنْ وَلَدِهِ ، أَوْ نَحْلَهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَنْحَلَ غَيْرَهَا ، فَأَذَرَ كَهَ الْمَوْتُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِهِ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْوُجُوهِ ؛ لِأَنَّ حَمْلَهُ عَلَى مِثْلِ مَحَلٍّ

قوله : فعليه التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ إِعْطَاءِ الْآخِرِ . هذا المذهبُ ، أغْنَى ، أَنَّ التَّسْوِيَةَ ؛ إِمَّا بِالرُّجُوعِ ، وَإِمَّا بِالْإِعْطَاءِ . قال في « الفروع » : هذا الأشهرُ . نصُّ عليه . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعَبِ » ،

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الهبة للولد ... ، وباب الإشهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦/٣ . ومسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤١/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٢/٢ . وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٦/٣ ، ٢٦٨/٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) في م : « وفيه » .

النِّزَاعُ مِنْهُيٌّ عَنْهُ ، وَأَقْلُ أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ أَمْرِ بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اجْتِنَابُ الْمَكْرُوهَاتِ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . لَيْسَ بِأَمْرٍ ؛ لِأَنَّ أَذْنَى أَحْوَالِ الْأَمْرِ الِاسْتِحْبَابُ وَالنَّدْبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي كَرَاهَةِ هَذَا . وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَ بِتَأْكِيدِهِ مَعَ أَمْرِهِ بِرَدِّهِ ، وَتَسْمِيَةِ إِيَّاهُ جَوْرًا ؟ وَحَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا حَمْلٌ لِحَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى التَّنَاقُضِ ، وَلَوْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِشْهَادِ غَيْرِهِ ، لَامْتَثَلَ بِشِيرِ أَمْرِهِ ، وَلَمْ يَرُدَّهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَهْدِيدٌ لَهُ « عَلَى هَذَا » ، فَيُقِيدُ مَا أَفَادَهُ النَّهْيُ عَنْ إِتْمَامِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ خَصَّ بَعْضُهُمْ لِمَعْنَى يَفْتَضِيهِ تَخْصِيصُهُ ؛ مِنْ حَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ كَثْرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ لَاسْتِغَالِهِ بِالْعِلْمِ ، أَوْ صَرَفَ عَطِيَّتِهِ عَنْ بَعْضٍ وَلَدِهِ ؛ لِفُسْقِهِ ، أَوْ بِدَعْتِهِ ، أَوْ ^(١) لِكُونِهِ يَعْصِي اللَّهَ تَعَالَى بِمَا يَأْخُذُهُ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ لِحَاجَةٍ ، وَأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ

و « الْخُلَاصَةُ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ إِلَّا الرُّجُوعَ فَقَطْ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُنْقُولَ عَنْ أَحْمَدَ لَيْسَ قَوْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، إِنَّمَا هُوَ اخْتِلَافُ حَالَيْنِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في م : (و) .

على سبيل الأثرة . والعطية في معناه . ويَحْتَمِلُ ظاهرُ لَفْظِهِ المنعُ من التفضيل على كلِّ حال ، لكونِ النبي ﷺ لم يَسْتَفِصِلْ بِشِيرًا في عطيته . قال شيخنا^(١) : والأوَّلُ أَوْلَى إن شاء الله ؛ لحديثِ أبي بكرٍ ، ولأنَّ بعضَهم اخْتَصَّ بِمَعْنَى يَقْتَضِي العطيةَ ، فجاز أن يَخْتَصَّ بها ، كما لو اخْتَصَّ بالقرابةِ ، وحديثُ بِشِيرٍ قَضِيَّةٌ في عَيْنٍ لا عُمُومَ لها ، وتركِ النبي ﷺ الاستِفْصَالَ يَجُوزُ أن يكونَ لِعَلِمِهِ بالحالِ . فإن قيل : لو عَلِمَ الحالَ لما قال : « أَلَكْ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قلنا : يَجُوزُ أن يكونَ السُّؤالُ ههنا لِبَيَانِ العِلَّةِ ، كما قال ، عليه الصلاة والسلامُ ، للذي سَأَلَهُ عن يَنعِ الرُّطْبِ بالثمرِ : « أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا [٢٤٥/٥] يَيْسَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَلَا إِذَا »^(٢) . وقد عَلِمَ أنَّ الرُّطْبَ يَنْقُصُ ، لكنَّ نَبَهَ السَّائِلِ بهذا على عِلَّةِ المنعِ . والله أعلمُ .

فصل : والأُمُّ في المنعِ مِنَ المُفَاضَلَةِ بينَ أولادِها كالأبِ ؛ لقولِ النبي ﷺ : « اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّها أَحَدُ الوَالِدَيْنِ ، أَشَبَّهَتِ الأبَّ ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ بِتَخْصِيصِ الأبِّ بعضَ وَلَدِهِ مِنَ الحَسَدِ والتَّبَاغُضِ ، يُوجَدُ مِثْلُهُ في تَخْصِيصِ الأُمِّ ، فَيُثْبِتُ لها مِثْلُ حُكْمِهِ في ذلك .

تنبيه : ظاهرُ قولِهِ : أو إعطاء الآخرِ . ولو كان إعطاؤه في مَرَضِ الموتِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قال الشارحُ : وهو الصَّحِيحُ . وصَحَّحَهُ في « الفائقِ » .

(١) في : المغنى ٢٥٨/٨ .

(٢) تقدم تحريجه في ٥١/١٢ .

المفنع
فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، ثَبَتَ لِلْمُعْطَى . وَعَنْهُ ، لَا يَثْبُتُ ، وَلِلْبَاقِينَ
الرُّجُوعُ . اخْتَارَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ .

٢٦١٧ - مسألة : (وإن مات قبل ذلك ، ثَبَتَ لِلْمُعْطَى . وعنه ،
لَا يَثْبُتُ ، وَلِلْبَاقِينَ الرُّجُوعُ . اخْتَارَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ) إذا فاضَلَ بَيْنَ
وَلَدِهِ فِي الْعَطَايَا ، أَوْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِعَطِيَّةٍ ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ ، ثَبَتَ
ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَلَزِمَ ، وَلَيْسَ لِبَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ الرُّجُوعُ . هَذَا الْمَنْصُوصُ
عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمِثْمُونِيِّ . وَاخْتَارَهُ الْخَلَّالُ ،

الشرح الكبير

الإصناف
قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : أَوَّلَى الْقَوْلَيْنِ ، الْجَوَازُ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، لَا يُعْطَى فِي مَرَضِهِ . وَهُوَ ^(١) قَوْلُ قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَشْهُرُ الرِّوَايَتَيْنِ ، لَا يَصِحُّ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ، وَيُوسُفَ
ابْنِ مُوسَى ، وَالْفَضْلِ بْنِ زِيَادٍ ، وَعَبْدِ الْكَرِيمِ بْنِ الْهَيْثَمِ ، وَاسْحَاقَ بْنِ
إِبْرَاهِيمَ . وَنَقَلَ الْمِثْمُونِيُّ وَغَيْرُهُ ، لَا يَنْفَعُ . وَقَالَ أَبُو الْفَرَجِ وَغَيْرُهُ : يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ .

فائدتان ؛ إحداهما ، يَجُوزُ التَّخْصِصُ بِإِذْنِ الْبَاقِي . ذَكَرَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَاقْتَصَرَ
عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ لِلْأَبِ تَمَلُّكُهُ بِلَا حِيلَةٍ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَتَابِعَهُ
فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ ، لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ شَيْئًا .

قوله : فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، ثَبَتَ لِلْمُعْطَى . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْخَلَّالُ ، وَصَاحِبُهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْخَرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ ،
وَمَنْ بَعْدَهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » :

(١) فِي ط : « وَهِيَ » .

وصاحبه أبو بكر . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأكثر أهل العلم . وهو الذي ذكره الخرقى . وفيه رواية أخرى ، أن لباقي الورثة أن يرجعوا ما وهبه . اختاره أبو عبد الله ابن بطّة وأبو حفص العكبري . وهو قول عروة بن الزبير ، وإسحاق . قال أحمد : عروة قد روى الأحاديث الثلاثة ؛ حديث عائشة ، وحديث عمر ، وحديث عثمان^(١) ، وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ ، يرد في حياة الرجل وبعد موته^(٢) . وهو قول إسحاق ، إلا أنه قال : إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم ، لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون إخوته وأخواته ؛ لأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله لبشير : « لا تشهدني على جور » . والجور لا يحل للفاعل فعله ، ولا للمعطى تناوله ، والموت لا يغيره عن

لم يرجع الباقيون على الأصح . وجزم به في « الوجيز » ، و « المنور » . وقدمه في « الفروع » ، و « شرح ابن رزين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الحارثي » ، وغيرهم . وعنه ، لا يثبت ، وللباقين الرجوع . اختاره أبو عبد الله ابن بطّة ، وصاحبه أبو حفص^(٣) العكبري ، وابن عقيل ، والشيخ تقي الدين ، وصاحب « الفائق » . وأطلقهما في « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ، و « المحرر » ، و « النظم » ، و « الفائق » ،

(١) يأتي تخرج حديث عائشة في صفحة ٨٧ ، وحديث عمر تقدم في صفحة ٧ ، وحديث عثمان في

صفحة ٣٥ .

(٢) أي إلى أن معنى حديث النبي ﷺ يرد في حياة الرجل وبعد موته .

(٣) في ١ : « جعفر » .

كونه جَوْراً حَرَامًا ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ، وَلأنَّ أبا بكرٍ وعُمَرَ أَمْرًا قَيْسَ بنِ سَعْدٍ
 بِرَدِّ قِسْمَةِ أَبِيهِ حينَ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ لم يكنْ عِلْمٌ بِهِ وَلَا أُعْطَاهُ شَيْئًا ، وَكانَ ذلكَ
 بعدَ مَوْتِ سَعْدٍ ، فَرَوَى سَعِيدٌ^(١) بِإِسْنَادِهِ مِنْ طَرِيقَيْنِ ، أَنَّ سَعْدَ بنَ عُبَادَةَ
 قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ وَخَرَجَ إِلَى الشَّامِ ، فَمَاتَ بِهَا ، ثُمَّ وُلِدَ لَهُ بعدَ ذلكَ
 وَلَدٌ ، فَمَشَى أَبُو بَكْرٍ وعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، إِلَى قَيْسِ بنِ سَعْدٍ فَقَالَا :
 إِنَّ سَعْدًا قَسَمَ مَالَهُ ، وَلَمْ يَذَرِ مَا يَكُونُ ، وَإِنَّا نَرَى أَنَّ تَرَدُّدَ هَذِهِ الْقِسْمَةِ .
 فَقَالَ : لَمْ أَكُنْ لِأَغْيَرِ شَيْئًا صَنَعَهُ سَعْدٌ ، وَلَكِنْ نَصِيْبِي لَهُ . [٢٤٦/٥ و] وَهَذَا
 مَعْنَى الْخَبَرِ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لِعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ،
 لَمَّا نَحَلَهَا نَحْلًا^(٢) : وَدَدْتُ لَوْ^(٣) أَنَّكَ كُنْتَ حُزْبِي^(٤) . فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَوْ
 كَانَتْ حَازَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُمُ الرُّجُوعُ . وَقَالَ عُمَرُ : لَا نِحْلَةَ إِلَّا نِحْلَةَ يَحْزُورُهَا
 الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ . وَلأنَّهَا عَطِيَّةٌ لَوَلَدِهِ ، فَلَزِمَتْ بِالْمَوْتِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ ،
 وَلأنَّهُ حَقٌّ لِلْأَبِ يَتَعَلَّقُ بِمَالِ الْوَلَدِ ، فَسَقَطَ بِمَوْتِهِ ، كَالْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ .

وغيرهم . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَأَمَّا الْوَلَدُ الْمُفْضَلُ ، فَيَنْبَغِي لَهُ الرَّدُّ بعدَ الْمَوْتِ ،
 قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » : يُسْتَحَبُّ لِلْمُعْطَى أَنْ يُسَاوِيَ
 أَخَاهُ فِي عَطِيَّتِهِ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ بَطْلَانَ الْعَطِيَّةِ . وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَذَكَرَ أَنَّ
 بَعْضَهُمْ نَقَلَهُ عَنْ أَحْمَدَ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الصُّحَّةِ رَوَايَتَيْنِ .

(١) فِي : بَابِ مَنْ قَطَعَ مِيرَاثًا فَرَضَهُ اللَّهُ . السَّنَنُ ٩٧/١ .

(٢) فِي م : « نَحْلًا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٤٨٥/١٦ .

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بَيْنَ سَائِرِ أَقَارِبِهِ ، وَلَا إِعْطَاؤُهُمْ عَلَى قَدَرٍ^(١) مِيرَاثِهِمْ ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَأَخَوَةٍ وَأَخَوَاتٍ ، وَبَنَى عَمٍّ ، أَوْ مِنْ جِهَاتٍ ، كَبَنَاتٍ وَأَخَوَاتٍ وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الْمَشْرُوعُ فِي عَطِيَّةِ سَائِرِ الْأَقَارِبِ أَنْ يُعْطِيَهُمْ عَلَى قَدَرِ مِيرَاثِهِمْ ، كَالْأَوْلَادِ فَإِنْ خَالَفَ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ أَوْ يَعْمَهُمَ بِالنُّحْلَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي مَعْنَى الْأَوْلَادِ ، فَتَبَّتْ فِيهِمْ حُكْمُهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ لغيرِ الْأَوْلَادِ فِي صِحَّتِهِ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ ، كَمَا لَوْ كَانُوا غَيْرَ وَارِثِينَ ، وَلَأَنَّ الْأَصْلَ لِإِبَاحَةِ الْإِنْسَانِ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ كَيْفَ شَاءَ ، وَإِنَّمَا وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَوْلَادِ لِلخَبَرِ ، وَلَيْسَ غَيْرُهُمْ فِي مَعْنَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي وُجُوبِ^(٢) بَرٍّ وَالِدِهِمْ ، فَاسْتَوَوْا فِي عَطِيَّتِهِ ، وَبِهَذَا عَلَّلَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ قَالَ لِبَشِيرٍ : « أَيْسُرُكَ أَنْ

فَوَائِدُ : إِحْدَاهَا ، قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : حُكْمُ مَا إِذَا وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، حُكْمُ مَوْتِهِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ الْمَذْكُورِ بِالْإِعْطَاءِ أَوْ الرُّجُوعِ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ هُنَا عَدَمَ الْوُجُوبِ^(٣) ، وَقَالَ : إِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَلَا رُجُوعَ لِلْحَادِثِ عَلَى إِخْوَتِهِ . وَقَالَ الْأَصْحَابُ أَيْضًا . وَفِي « الْمُغْنَى »^(٤) تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَهُ . الثَّانِيَةُ ، مَحَلُّ مَا تَقَدَّمَ ، إِذَا فَعَلَهُ فِي غَيْرِ مَرَضِ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا إِنْ فَعَلَهُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، فَإِنَّهُمْ يَرْجِعُونَ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي مَرَضِ

(١) فِي م : « قَدَر » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي ط : « الرُّجُوع » .

(٤) انْظُرْ : الْمُغْنَى ٢٧٢/٨ .

يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَسَوَّيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا في غيرهم . ولأنَّ للوالدِ الرجوعَ فيما أعطى وَلَدَهُ ، فِيمَكِنُهُ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمْ فِي الرَّجُوعِ بِمَا أَعْطَاهُ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُمَكِنُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلأنَّ الأولادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الوالدِ لَهُمْ ، وَصَرَفِهِ مَالَهُ إِلَيْهِمْ عَادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فِي ذَلِكَ ، وَيَسْتَدُّ عَلَيْهِمْ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، وَلَا يُسَاوِيهِمْ فِي ذَلِكَ غَيْرُهُمْ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ عَلِمَ أَنَّ لِبَشِيرِ زَوْجَةٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِإِعْطَائِهَا شَيْئًا حِينَ أَمَرَهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ هَلْ لَكَ وَارِثٌ غَيْرُ وَلَدِكَ .

الشرح الكبير

مؤنه [٢٥٨/٢ ط] ، فلهم الرجوع فيه . الثالثة ، لا تجوز الشهادة على التخصيص ، « لا تحملاً ولا أداءً » . قاله في « الفائق » وغيره . قال الحارثي : قاله الأصحاب ، ونص عليه . قال في « الرعاية » : إن علم الشهود جوره وكذبه ، لم يتحملوا الشهادة ، وإن تحملوها ثم علموا ، لم يؤدوها في حياته ، ولا بعد موته ، ولا إنهم عليهم بعدم^(١) الأداء ، وكذا إن جهلوا أن له ولداً آخر ، ثم علموه . قلت : بلى ، إن قلنا : قد ثبت الموهوب لمن وهب له ، ولأفلا . انتهى . قال الحارثي : والعلم بالتفضيل أو التخصيص يمنع تحمل الشهادة وأداءها مطلقاً . حكاها الأصحاب ، ونص عليه . الرابعة ، لا يكره للحق قسم ماله بين أولاده . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » ، وقال : نقله الأكثر . وعنه ، يكره . قال في « الرعاية الكبرى » : ويكره أن يقسم أحد ماله في حياته بين ورثته ، إذا أمكن أن يؤدله . وقطع به . وأطلقهما الحارثي . ونقل ابن الحكم ، لا يعجبنى ،

الإنصاف

(١ - ١) في الأصل ، ط : « تحملاً وآداءً » .

(٢) في الأصل ، ط : « بعد » .

الشرح الكبير

فصل : فإن أعطى أحد ابنيه في صحته «ثم أعطى الآخر» في مرضه ، فقد توقف أحمد فيه ، فإنه سئل عن زوج ابنته ، فأعطى عنه الصداق ، ثم مرض الأب وله ابن آخر ، هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته ؟ فقال : لو كان أعطاه في صحته . فيحتمل وجهين ؛ أحدهما ، لا يصح ؛ لأن عطيته في مرضه كوصيته له ، [٢٤٦/٥ ظ] ولو وصى له لم يصح ، فكذلك إذا أعطاه . والثاني ، يصح . وهو الصحيح ، إن شاء الله تعالى ؛ لأن التسوية بينهما واجبة ، ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر ، فتكون واجبة ، فتصح ، كقضاء دينه .

فصل : قال أحمد : أحب إلى أن لا يقسم ماله ، ويدعه على فرائض الله تعالى ، لعله أن يولد له ، فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد ، فأعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم . يعني يرجع في الجميع ، أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعه إلى هذا الولد الحادث ، ليساوي إخوته . فإن أعطى ولده ، ثم مات ، ثم ولد له ولد ، استحب للمعطى أن يساوي المولود الحادث بعد أبيه .

فلو حدث له ولد ، سوى بينهم ندبا . قال في « الفروع » : قدمه بعضهم . وقيل : الإنصاف وجوبا . قال الإمام أحمد : أعجب إلى أن يسوي بينهم . واقتصر على كلام الإمام أحمد في « المغني » ، و « الشرح » . قلت : يتعين عليه أن يسوي بينهم .

(١ - ١) في م : « والآخر » .

وَأِنْ سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثُهُ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ ،
جَازَ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَا يَجُوزَ .

المقنع

٢٦١٨ - مسألة^(١) : (فَإِنْ سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثُهُ
فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ ، جَازَ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَا يَجُوزَ)
إِذَا سَوَّى بَيْنَ أَوْلَادِهِ فِي الْوَقْفِ ، الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، جَازَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ،
وَقَالَ : هُوَ الْمُسْتَحَبُّ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْقُرْبَةَ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا
فِي الْقَرَابَةِ . وَقَالَ شَيْخُنَا^(٢) : الْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَقْسِمَ الْوَقْفَ عَلَى أَوْلَادِهِ
كَقِسْمَةِ الْمِيرَاثِ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى ، كَمَا قَسَمَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ
الْمِيرَاثَ ؛ لِأَنَّهُ إِصْبَالٌ لِلْمَالِ إِلَيْهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ
الْمِيرَاثِ ، كَالْوَصِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الذَّكَرَ فِي مِظَنَّةِ الْحَاجَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ
الذَّكَرَ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ ، وَالْمَرْأَةُ يُنْفِقُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ، وَلَا
تَلْزَمُهَا نَفَقَةُ وَلَدِهَا إِذَا كَانَ لَهُمْ أَبٌ ، وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ الذَّكَرَ عَلَى الْأُنْثَى

الشرح الكبير

قوله : وَإِنْ سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثُهُ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ ، جَازَ ،
نَصٌّ عَلَيْهِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا مَسْأَلَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْوَقْفِ ،
جَازَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . جَزَمَ بِهِ
فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ،

الإنصاف

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : « قَالَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْوَقْفِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِعَادَتِهَا » .
وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي ٤٨٤/١٦ ، مِنْ كِتَابِ الْوَقْفِ .
(٢) فِي : الْمَغْنَى ٢٠٦/٨ .

في الميراث على وفق هذا المعنى ، فيصح تعليله به ، فينبغي أن يتعدى إلى الوقف . وما ذكره القاضى لا أصل له ، وهو ملغى بالميراث . فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى ، أو فضّلها عليه ، أو فضّل بعض البنين على بعض في الوقف ، أو بعض البنات ، أو خص بعضهم بالوقف ، فقد روى عن أحمد ، في رواية محمد بن الحكم : إن كان على طريق الأثرقة ، فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال أو به حاجة ، فلا بأس به . وذلك لأن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته . «لوقد ذكرنا ذلك في الوقف» .

و « التلخيص » ، و « المحرر » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى » الصغير ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وصححه في « الخلاصة » وغيره . قال الحارثي : المذهب الجواز . قال القاضى : لا بأس به . نقل ابن الحكم ، لا بأس . قيل : فإن فضل ؟ قال : لا يعجبنى على وجه الأثرقة ، إلا لعيال بقدرهم . وقياس المذهب ، لا يجوز . وهو احتمال في « المحرر » وغيره . واختاره أبو الخطاب في « الانتصار » ، والمصنف ، والحارثي . وقيل : إن قلنا : إنه ملك من وقف عليه . بطل ، والأصح . فعلى المذهب ، يستحب التسوية أيضا . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » ، و « التلخيص » ، وقال : هذا المذهب . وقيل : المستحب القسمة على حسب الميراث ، كالعطية . اختاره المصنف ، والشارح ، وقال : ما قاله القاضى لا أصل له ، وهو ملغى بالميراث والعطية . المسألة الثانية ،

فصل : وأما إذا وَقَفَ ثُلُثُهُ في مَرَضِهِ على بعضِ وَرَثَتِهِ ، فقد اختلفت الروايةُ عن أحمدَ في ذلك [٢٤٧/٥] فرَوَى عنه عَدَمُ الْجَوَازِ ، فإن فَعَلَ ، وَقَفَ على إجازةِ الْوَرَثَةِ ؛ فإنه قال ، في روايةِ إِسْحَاقَ بنِ إِبْرَاهِيمَ ، في مَنْ وَصَّى لأولادِ بَنْتِهِ بِأَرْضٍ تُوقَفُ عليهم ، فقال : إن لم يَرِثُوهُ فجائزٌ . فظاهرُ هذا أَنَّهُ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليهم في الْمَرَضِ . اخْتَارَهُ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ، وابنُ عَقِيلٍ . وإليه ذهب الشافعيُّ . والثانيةُ ، يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ عليهم ثُلُثُهُ ، كالأجانبِ ؛ فإنه قال ، في روايةِ جَمَاعَةٍ منهم الميمونيُّ : يَجُوزُ للرجلِ أَنْ يَقِفَ في مَرَضِهِ على وَرَثَتِهِ . فقيلَ له : أليس تَذْهَبُ إلى أَنَّهُ لا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ؟ فقال : نعم ، والوقْفُ غيرُ الْوَصِيَّةِ ، ولأنَّهُ لا يُباعُ ولا يُورَثُ ، ولا يَصِيرُ مِلْكًا للوَرَثَةِ ، بل يَنْتَفِعُونَ بَعَلَّتِهَا . وقال ، في روايةِ أحمدَ بنِ الْحَسَنِ : إِنَّهُ صَرَّحَ في مَسْأَلَتِهِ بِوَقْفِ ثُلُثِهِ على بعضِ وَرَثَتِهِ دُونَ بعضِ ،

إذا وَقَفَ ثُلُثُهُ في مَرَضِهِ على بعضهم ، وكذا لو أَوْصَى بِوَقْفِ ثُلُثِهِ على بعضهم ، جازَ ، على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نصُّ عليه . قال في « الفروع » : هذه الروايةُ أَشْهُرُ . قال ابنُ مُنْجَى في « شَرْحِهِ » : هذا المذهبُ . قال الزُّرْكَانِيُّ : هو أَشْهُرُ الرَّوَايَتَيْنِ ، وَأَنْصَبُهُمَا ، وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي في « التَّعْلِيْقِ » وَغَيْرِهِ ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . انتهى . وَجَزَمَ بِهِ في « الْمُتَوَرِّ » ، و « نَازِمِ الْمَفْرَدَاتِ » وهو منها . وَقَدَّمَهُ في « الْفَائِقِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » . قال الْحَارِثِيُّ : هذا المذهبُ . قال الْمُصَنِّفُ هنا : وقياسُ المذهبِ ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ . فاختارَ عَدَمَ الْجَوَازِ ، واختارَهُ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ . قاله الْقَاضِي ، فيما وَجَدْتُهُ مُعَلَّقًا عنه . نقلَهُ الزُّرْكَانِيُّ ، واختارَهُ ابنُ عَقِيلٍ أَيْضًا . قال في « الفروع » : فعنه ،

فقال : جائزٌ . قال الخبري^(١) : وأجاز هذا الأكثرُونَ . واحتجَّ أحمدٌ بحديثِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قال : هذا ما أَوْصَى به عبدُ اللهِ عُمَرُ أميرُ المؤمنين إن حَدَثَ به حَدَثٌ ، أَن تُمعَا صَدَقَةً ، والعبدُ الذي فيه ، والسَّهْمُ الذي بخَيْرٍ ، ورقيقه الذي فيه ، والمائةُ وسقي التي أطعمني محمدٌ ﷺ ، تَلِيهِ حَفْصَةُ ما عاشتْ ثم يَلِيهِ ذو^(٢) الرُّأْيِ مِنْ أَهْلِهِ ، لا يُبَاغُ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ يَرَى ؛ مِنَ السَّائِلِ ، والمَحْرُومِ ، وذوِي الْقُرْبَى ، ولا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا . رواه أبو داود^(٣) بنحوٍ مِنْ هَذَا . فالحُجَّةُ فِيهِ أَنَّهُ جَعَلَ حَفْصَةَ تَلِي وَفَقَهُ ، وتأْكُلُ مِنْهُ ، وَتَشْتَرِي رَقِيقًا . قال المِمْوْنِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ عُمَرَ بِالْإِيقَافِ ، وليس في الحديثِ « الوارِثُ » . قال : فَإِذَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ أَمْرَهُ وَهُوَ ذَا قَدٍ وَقَفَهَا عَلَى وَرَثَتِهِ وَحَبَسَ الْأَصْلَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا . وَلأنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَهُوَ كَعَقْدِ الْوَارِثِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ

كِهْبَةٍ ، فَيَصِحُّ بِالْإِجَازَةِ . وَعنه ، لا يَصِحُّ بِالْإِجَازَةِ ، إِنْ قُلْنَا : إِنْ الْإِجَازَةُ ابْتِدَاءُ هِبَةٍ . انتهى . وقال في « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : إِنْ وَقَفَ الثُّلُثُ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَارِثٍ ، أَوْ أَوْصَى أَنْ يُوقَفَ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ . نصُّ عليه . وعنه ، لا يَصِحُّ . وعنه ، إِنْ أُجِيزَ ، صَحَّ ، وَإِلَّا بَطَلَ ، كَالزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ . ثم قال : قُلْتُ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ

(١) أبو حَكِيم عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الخبزي ، فقيه شافعي ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط الضبط الحسن ، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦٢/٥ ، ٦٣ .

(٢) في الأصل : « ذُو » .

(٣) تقدم تخريجه في ٤٠٠/١٦ .

تَخْصِيصٌ لِبَعْضِ الْوَرَّةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالِهَبَاتِ ، وَلَأَنَّ كُلَّ مَنْ لَا تَجُوزُ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِالْعَيْنِ ، لَا تَجُوزُ لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ . وَأَمَّا خَيْرُ عُمَرِ فَإِنَّهُ لَمْ يَخْصُصْ بَعْضَ الْوَرَّةِ بِوَقْفِهِ ، وَالتَّزَاغُ إِنَّمَا هُوَ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ . وَأَمَّا جَعْلُ الْوَلَايَةِ إِلَى حَفْصَةَ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ وَقْفًا عَلَيْهَا ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ وَارِدًا فِي مَحَلِّ التَّزَاغِ ، وَكَوْنُهُ انْتِفَاعًا بِالْعَلَّةِ لَا يَقْتَضِي جَوَازَ التَّخْصِيصِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ وَصَّى لَوَارِثِهِ [٢٤٧/٥] بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، لَمْ يَجْزُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، عَلَى أَنَّهُ وَقَفَ عَلَى جَمِيعِ الْوَرَّةِ ؛ لِيَكُونَ عَلَى وَفْقِ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَعَلَى وَفْقِ الدَّلِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

لِلَّهِ . صَحَّ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقِيلَ : يَجُوزُ لِلذَّيْنِ ، أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ حَاجَةٍ . انْتَهَى . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ سَوَّى بَيْنَ ابْنِهِ وَابْنَتِهِ فِي دَارٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَرَدًّا ، فَثُلُثُهَا بَيْنَهُمَا وَقَفَ بِالسُّوِّيَّةِ ، وَثُلَاثَا مِيرَاثٍ . وَإِنْ رَدَّ ابْنُهُ وَحْدَهُ ، فَلَهُ ثُلَاثَا الثُّلَاثِينَ إِرْثًا ، وَلِبْنَتِهِ ثُلُثُهَا^(١) وَقَفًا . وَإِنْ رَدَّتْ ابْنَتُهُ وَحْدَهَا ، فَلَهَا ثُلُثُ الثُّلَاثِينَ إِرْثًا ، وَلَابْنِهِ نِصْفُهَامَا وَقَفًا ، وَسُدُسُهَامَا إِرْثًا ؛ لَرَدِّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ فِي «الرُّعَايَةِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» . قَالَ فِي «الرُّعَايَةِ» : وَكَذَا لَهُ ، إِنْ رَدَّ هُوَ الْوَقْفَ ، إِلَى قَدْرِ الثُّلُثِ ، وَلِلْبْنَتِ ثُلُثُهَامَا وَقَفًا . وَقِيلَ : لَهَا رُبُعُهَامَا وَقَفًا ، وَنِصْفُ سُدُسِهَامَا إِرْثًا .^(٢) وَهُوَ لِأَبِي الْخَطَّابِ . قَالَ فِي «الْمُحَرَّرِ» : وَهُوَ سَهْوٌ . وَرَدَّهُ شَارِحُهُ . وَهُوَ كَمَا قَالَ^(٣) . وَقِيلَ : نِصْفُ الدَّارِ وَقَفَ عَلَيْهِ ، وَرُبُعُهَا وَقَفَ عَلَيْهَا ، وَالْبَاقِي إِرْثٌ لَهَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « ثُلُثُهَا » .

(٢) (٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ ١ .

فصل : فَإِنْ وَقَفَ دَارَهُ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ بَيْنَ ابْنِهِ وَبِنْتِهِ نِصْفَيْنِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، صَحَّ عَلَى رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، وَلَزِمَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَجُوزُ تَخْصِيصُ الْبِنْتِ بِوَقْفِ الدَّارِ كُلِّهَا ، فَنِصْفُهَا أَوْلَى . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي نَصَرْنَاهَا ، إِنْ أَجَازَهُ الْإِبْنُ ، جَازَ ، وَإِنْ رَدَّهُ ، بَطَلَ الْوَقْفُ فِيمَا زَادَ عَلَى نَصِيبِ الْإِبْنِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْإِبْنِ مِلْكًا ، فَيَكُونُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا ، وَالسُّدُسُ مِلْكًا طَلْقًا ، وَالثُّلُثُ جَمِيعُهُ لِلْبِنْتِ وَقَفًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ فِي نِصْفِ مَا وَقَفَ عَلَى الْبِنْتِ ، وَهُوَ الرَّبْعُ ، وَيَقْيَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ وَقَفًا ، نِصْفُهَا لِلْإِبْنِ ، وَرُبُعُهَا لِلْبِنْتِ ، وَالرَّبْعُ الَّذِي بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا . وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ؛ لِلْإِبْنِ سِتَّةُ أَشْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمٌ مِلْكًا . وَلَوْ وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ نِصْفَيْنِ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ ، فَرَدَّ الْإِبْنُ ، صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فِي نِصْفِهَا ، وَعَلَى الْمَرَأَةِ فِي ثُمْنِهَا . وَلِلْإِبْنِ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي ثَلَاثَةِ أَثْمَانِهَا ، وَتَرْجِعُ إِلَيْهِ مِلْكًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَصِحُّ

أَثْلَاثًا . اِنْتَهَى . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، عَمَلُكَ فِي الدَّارِ ، كَثُلْتُهَا عَلَى الثَّالِثَةِ .

فائدة : لو وَقَفَ عَلَى أَجْنَبِيٍّ زَائِدًا عَلَى الثُّلْثِ ، لَمْ يَصِحَّ وَقْفُ الزَّائِدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَأُطْلِقَ بَعْضُهُمْ وَجْهَيْنِ . قُلْتُ : قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ وَقَفَ ثُلْثُهُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، وَفِيمَا زَادَ وَجْهَانِ .

الْوَقْفُ^(١) عَلَى الْإِبْنِ فِي نِصْفِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ نَصِيْبِهِ ، وَيَرْجَعُ إِلَيْهِ
بَاقِي نَصِيْبِهِ مِلْكًا ، وَيَصِحُّ الْوَقْفُ^(١) فِي أَرْبَعَةِ أَسْبَاعِ الثُّمْنِ الَّذِي
لِلْمَرْأَةِ ، وَبَاقِيهِ يَكُونُ لَهَا مِلْكًا ، فَاضْرِبْ سَبْعَةً فِي ثَمَانِيَةٍ تَكُنْ سِتَّةً
وْخَمْسِينَ ، لِلْإِبْنِ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ وَقَفًا ، وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِلْكًا ، وَلِلْمَرْأَةِ
أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَقَفًا ، وَثَلَاثَةٌ مِلْكًا . وَهَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ . فَأَمَّا
إِنْ كَانَتْ الدَّارُ جَمِيعَ مِلْكِهِ فَوْقَهَا كُلُّهَا ، فَعَلَى مَا اخْتَرَنَاهُ ، الْحُكْمُ فِيهَا
كَأَنَّهَا كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ فِي جَمِيعِ الْمَالِ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي
الزَّائِدِ عَنِ الثُّلُثِ . وَأَمَّا عَلَى مَا رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ ، فَإِنَّ الْوَقْفَ يَلْزِمُ فِي الثُّلُثِ
مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ، وَمَا زَادَ فَلَهُمَا إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِيهِ ، وَلِلْإِبْنِ إِبْطَالُ
التَّسْوِيَةِ ، فَإِنْ اخْتَارَ إِبْطَالُ التَّسْوِيَةِ دُونَ إِبْطَالِ الْوَقْفِ ، خُرَجَ فِيهِ
وَجْهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَبْطُلُ الْوَقْفُ فِي التُّسْعِ ، وَيَرْجَعُ إِلَيْهِ مِلْكًا ، فَيَصِيرُ
لَهُ النُّصْفُ وَقَفًا ، وَالتُّسْعُ مِلْكًا ، وَلِلْبَنَتِ الثُّلُثُ وَقَفًا ، وَنِصْفُ التُّسْعِ
مِلْكًا ؛ لِئَلَّا تَزْدَادَ الْبَنَتُ عَلَى الْإِبْنِ فِي الْوَقْفِ . وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ فِي هَذَا
الْوَجْهِ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ؛ لِلْإِبْنِ تِسْعَةٌ وَقَفًا ، وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبَنَتِ سِتَّةٌ
وَقَفًا ، وَسَهْمٌ مِلْكًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي الرَّبْعِ كُلِّهِ ،
وَيَصِيرُ لَهُ «النُّصْفُ وَقَفًا ، وَالسُّدُسُ مِلْكًا ، وَيَكُونُ لِلْبَنَتِ الرَّبْعُ وَقَفًا ،
وَنِصْفُ السُّدُسِ مِلْكًا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ^(١) الدَّارُ تَخْرُجُ مِنْ [٥٨٨/٥]
الْثُّلُثِ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

وَلَا يَجُوزُ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَيْبَتِهِ إِلَّا الْآبَ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ
الرُّجُوعُ . وَعَنْهُ ، لَهُ الرُّجُوعُ إِلَّا أَنْ يَتَّعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ أَوْ رَغْبَةٌ ، نَحْوُ
أَنْ يَتَزَوَّجَ الْوَلَدُ أَوْ يُفْلِسَ .

٢٦١٩ - مسألة : (ولا يجوز لواهب أن يرجع في هيبته إلا الأب .
وعنه ، ليس له الرجوع . وعنه ، له الرجوع إلا أن يتعلّق به حقٌّ أو رغبة ،
نحو أن يتزوَّج الولد أو يفلس) لا يختلف المذهب أن غير الأب والأم
لا يجوز له الرجوع في الهبة والهدية . وبه قال الشافعي . وقال النخعي ،
والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي : من وهب لغير ذي رحم ، فله
الرجوع ما لم يثب عليها ، ومن وهب لذي رحم ، فليس له الرجوع .
وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه . لما روى أبو هريرة
قال : قال رسول الله ﷺ : « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ مَا لَمْ يَثْبُتْ مِنْهَا » . رواه

قوله : ولا يجوز لواهب أن يرجع في هيبته إلا الأب . هذا المذهب ، نص عليه ،
وعليه جماهير الأصحاب . وصحّحه في « الرعاية الكبرى » . قال الزركشي : هذا
المشهور . وعنه ، ليس له الرجوع . قدّمه في « الرعايتين » . وعنه ، له الرجوع ،
إلا أن يتعلّق به حقٌّ ، أو رغبة ، نحو أن يتزوَّج الولد أو يفلس . وكذا لو فعل الولد
ما يمنع التصرف مؤبداً أو مؤقتاً . وجزم [٢٥٩/٢] بهذه الرواية في « الوجيز » .
واختاره الشارح ، وابن عبدوس في « تذكيرته » ، وابن عقيل ، ذكره الحارثي ،
والشيخ تقي الدين ، وقال : يرجع فيما زاد على قدر الدين ، أو الرغبة . وأطلقهما
في « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » . وأطلق الأولى والثالثة في « المكنى » ،
و « المحرر » ، و « الشرح » ، و « النظم » . وقيل : إن وهب ولديه شيئا ،

ابن ماجه^(١) . ولقولِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا صِلَةَ الرَّحِمِ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا مَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ »^(٢) . وَلأنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ عَنْهَا عِوَضٌ ، فَجَازَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَالْعَارِيَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ » . وَفِي لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْتِهِ » . وَفِي رِوَايَةٍ : « لَيْسَ لَنَا مِثْلُ السَّوِّءِ ، الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْتِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . وَرَوَى عُمَرُو بْنُ

الشرح الكبير

فَاشْتَرَى أَحَدُهُمَا^(٤) ، مِنْ الْآخِرِ نَصِيئَهُ ، فَقَبِلَ رُجُوعَهُ فِي الْكُلِّ وَجْهَانِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَيْسَ لِلْأَبِ الْكَافِرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي عَطِيَّتِهِ ، إِذَا كَانَ وَهَبَهُ فِي حَالِ الْكُفْرِ ، وَأَسْلَمَ الْوَلَدُ . فَأَمَّا إِذَا وَهَبَهُ حَالِ إِسْلَامِ الْوَلَدِ ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ الْجَوَازُ ، وَلَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ . وَفِيهِ نَظَرٌ . انْتَهَى .^(٥) وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ : تَخْصِيلُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ فِيْمَا وَهَبَ لِأَيِّهِ ، وَلَا يَرْجِعُ فِيْمَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمَا ، بِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَغَيْرِهَا ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةٍ . انْتَهَى^(٦) .

الإنصاف

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : أَوْ يُفْلَسَ . وَكَذَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالصَّوَابُ أَنَّهُ مَانِعٌ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ ، كَمَا فِي الرَّهْنِ وَنَحْوِهِ . وَبِهِ صَرَّحَ فِي « الْمُغْنَى » ،

(١) في : باب من وهب هبة رجاء ثوابها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٢) تقدم تخريجها في صفحة ٧ .

(٣) انظر ما تقدم في ٥٤٤/٦ ، وما تقدم في صفحة ١٥ .

(٤) في ط : « أحدهم » .

(٥ - ٥) زيادة من : ١ .

الشرح الكبير

شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَرْجِعُ وَاهِبٌ فِي هَبَّتِهِ، إِلَّا الْوَالِدَ مِنْ وَلَدِهِ» (١). ولأنَّه وَاهِبٌ لَا وَلَايَةَ لَهُ فِي الْمَالِ، فَلَمْ يَرْجِعْ فِي هَبَّتِهِ لَذِي الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ. وَأَحَادِيثُنَا أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِهِمْ وَأَوْلَى. وَقَوْلُ عُمَرَ قَدْ رَوَى عَنْ ابْنِهِ وَابْنِ عَبَّاسٍ خِلَافَهُ. وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَهِيَ هَبَّةُ الْمَنَافِعِ، وَلَمْ يَخْصُلِ الْقَبْضُ فِيهَا. فَإِنْ قَبَضَهَا بِاسْتِيفَائِهَا، فَتَطِيرُ مَسْأَلَتُنَا، مَا اسْتَوْفَى مِنْ مَنَافِعِ الْعَارِيَّةِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا. وَقِيَّاسُهُمْ مَنَقُوضٌ بِهَبَّةِ الْأَجْنَبِيِّ؛ فَإِنَّ فِيهَا ثَوَابًا، وَقَدْ جَوَّزُوا فِيهَا الرُّجُوعَ، فَحَصَلَ الْأَتْفَاقُ عَلَى أَنَّ مَا وَهَبَ الْإِنْسَانُ لَذَوِي رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ لَا رُجُوعَ فِيهِ، وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ. وَالْخِلَافُ فِيمَا عَدَا هَذَا. فَعِنْدَنَا لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْوَالِدُ، وَعِنْدَهُمْ لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْأَجْنَبِيُّ.

الإنصاف

وَصَاحِبُ «الْمُحَرَّرِ»، وَغَيْرُهُمَا. انْتَهَى. وَعَنْ أَحْمَدَ، فِي الْمَرْأَةِ تَهَبُ زَوْجَهَا مَهْرَهَا، إِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ، رَدَّهُ إِلَيْهَا، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ لَهُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ أَوْ إِضْرَارِهِ بِهَا، بَأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا. نَصٌّ عَلَيْهِ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ. وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْمُنَوَّرِ»، وَ«مُنْتَخَبِ الْأَدْمِيِّ». قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى»: وَتَرْجِعُ الْمَرْأَةُ فِيمَا وَهَبَتْ لَزَوْجِهَا بِمَسْأَلَتِهِ، عَلَى الْأَصَحِّ. وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِ دُوسٍ، فِي «تَذَكِيرَتِهِ». وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ»، فِي «الْقَاعِدَةِ الْخَمْسِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ». فَالْمُصَنِّفُ قَدَّمَ هُنَا عَدَمَ رُجُوعِهَا إِذَا سَأَلَهَا، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ، وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ. وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْكَافِي»، وَ«الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَابْنُ أَبِي مُوسَى،

(١) أخرجه ابن ماجه، في: باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٨٢/٢.

فصل : فَأَمَّا الْأَبُ ، فَله الرُّجُوعُ فِيمَا وَهَبَ لَوْلَدِهِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، سَوَاءً قَصَدَ رُجُوعَهُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ أَوْلَادِهِ أَوْ لَا . وبه قال مالك ، والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . وعن أحمد رواية أخرى : [٢٤٨/٥ ظ] ليس له الرُّجُوعُ . وبها قال أصحابُ الرأي ، والثوري ، والعنبري ؛ لقول النبي ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . ولما ذكرنا من حديثِ عُمَرَ . ولنا ، قولُ النبي ﷺ لبشير^(١) بن سعدٍ : « فَارْذُدْهُ » . وروى : « فَارْجِعْهُ » . رواه كذلك^(٢) مالك عن

وأبو الخطاب . واختاره الحارثي ، وهو اختيار أبي بكر وغيره . وقدمه في « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، و « فصول ابن عقيل » . قلت : الصواب عدم الرجوع ، إن لم يحصل لها منه ضررٌ ، من طلاق وغيره ، وإلا فلها الرجوع . وأطلقهما في « المغني » ، و « المحرر » ، و « الرعاية الكبرى » ، و « الفروع » .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المصنّف ، أنها لا ترجع إذا وهبته من غير سؤالٍ منه . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وهو ظاهرُ كلامِ الخرقي وغيره . واختاره أبو بكر وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقاله القاضي في كتاب « الوجهين » ، وصاحب « التلخيص » ، وغيرهما . وقيل : لها الرجوع . وهو رواية عن أحمد . وأطلقهما في « المغني » ، و « الشرح » ، و « الرعاية الكبرى » . وقيل : إن

(١) في م : « لقيس » .

وحديث بشير تقدم تحريجه في صفحة ٦٥ .

(٢) بعده في م : « عن » .

الزُّهْرِيُّ ، عن حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عن الثُّعْمَانِ . فَأَمَرَهُ بِالرُّجُوعِ فِي هَيْبَتِهِ ، وَأَقْلَأَ أَحْوََالَ الْأَمْرِ الْجَوَازَ ، وَقَدَامَتَكَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ ذَلِكَ ، فَرَجَعَ فِي هَيْبَتِهِ لَوْلَدِهِ ، أَلَا تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْكَ الصَّدَقَةُ . فَإِنْ قِيلَ : يُحْمَلُ الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَعْطَاهُ شَيْئًا . قُلْنَا : هَذَا يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ أَبِي عَلَيَّ بِصَدَقَةٍ . وَقَوْلُ بَشِيرٍ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي غُلَامًا . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ أَعْطَاهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَارْزُدْهُ » . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعَانِ الْحَدِيثَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةٌ فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا

وَهَبَتْهُ لَدَفْعِ ضَرَرٍ فَلَمْ يَنْدَفِعْ ، أَوْ عَوْضٍ أَوْ شَرَطٍ ، فَلَمْ يَخْصُلْ ، رَجَعَتْ ، وَإِلَّا فَلَا .

فَوَائِدُ ؛ إِخْدَاها ، ذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ تُبْرئِيْنِي . فَأُبْرَأَتْهُ ، صَحَّ . وَهَلْ تَرْجِعُ ؟ فِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ ثَالِثُهَا ، تَرْجِعُ إِنْ طَلَّقَهَا ، وَإِلَّا فَلَا . انْتَهَى . قُلْتُ : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ دَاخِلَةٌ فِي الْأَحْكَامِ الْمُتَقَدِّمَةِ ، وَلَكِنْ هُنَا أَكْثَرُ فِي الرُّجُوعِ . الثَّانِيَةُ ، يَخْصُلُ رُجُوعُ الْأَبِ بِقَوْلِهِ ، عَلِيمُ الْوَلَدِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، لَا يَجُوزُ عِتْقُهَا حَتَّى يَرْجِعَ فِيهَا ، وَ^(١) يَرْدُّهَا إِلَيْهِ ، فَإِذَا قَبَضَهَا ، أَعْتَقَهَا حِينَئِذٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فُظَاهِرُهُ اِغْتِبَارُ قَبْضِهِ ، وَأَنَّهُ يَكْفِي . وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : فِي قَبْضِهِ مَعَ قَرِينَةٍ وَجْهَانِ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ أَسْقَطَ الْأَبُ حَقَّهُ مِنَ الرُّجُوعِ ، فَفِي سُقُوطِهِ اِحْتِمَالَانِ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « أَوْ » ، وَانْظُرْ : الْفُرُوعُ ٦٥١/٤ .

يُعْطَى وَلَدُهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(١) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا يَخُصُّ
عُمُومَ مَا رَوَوْهُ . وَقِيَاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِهَبَةِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَإِنَّ فِيهَا أَجْرًا وَثَوَابًا ،
فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَذَبَ إِلَيْهَا . وَعِنْدَهُمْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا . وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَلَدِ
كَمَسَائِلَتِنَا ، وَقَدْ دَلَّ حَدِيثُ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ عَلَى جَوَازِ الرُّجُوعِ فِي
الصَّدَقَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَيْ بِصَدَقَةٍ .

الشرح الكبير

« الْإِنْصَارِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ ابْنُ نَضَرٍ اللَّهُ فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » :
أُظْهِرْهُمَا لَا يَسْقُطُ ؛ لِثَبُوتِهِ لَهُ بِالْشَّرْعِ ، كَإِسْقَاطِ الْوَلِيِّ حَقَّهُ مِنْ وَلَايَةِ النِّكَاحِ .
وَقَدْ يَتَرَجَّعُ سُقُوطُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِيهِ مُجَرَّدُ حَقِّهِ ، بِخِلَافِ وَلَايَةِ النِّكَاحِ ، فَإِنَّهُ حَقٌّ
عَلَيْهِ لِلَّهِ وَلِلْمَرْأَةِ ، وَلِهَذَا يَأْتِي بِعَضْلِهِ . وَهَذَا أَوْجَهُ . انْتَهَى . وَيَأْتِي تَفْظِيرُ ذَلِكَ فِي
الْحَضَانَةِ . الرَّابِعَةُ ، تَصَرُّفُ الْأَبِ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَخَرَجَ أَبُو حَفْصٍ الْبِرْمَكِيُّ ، فِي كِتَابِ
حُكْمِ^(٢) الْوَالِدَيْنِ فِي مَالٍ وَلَدِيهِمَا ، رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّ الْعِتْقَ مِنَ الْأَبِ صَحِيحٌ ،
وَيَكُونُ رُجُوعًا . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا : لَا يَكُونُ
وَطَرُهُ رُجُوعًا . وَهَلْ يَكُونُ بَيْعُهُ وَعِتْقُهُ ، وَغَوْهُمَا رُجُوعًا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَعَلَيْهِمَا ،
لَا يَنْفَعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُلَاقِ الْمَلِكَ . وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ بِنُفُوذِهِ ؛ لِاقْتِرَانِ الْمَلِكِ . قَالَ فِي
« الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْخَمْسِينَ » . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى »^(٣) : الْأَخْذُ الْمُجَرَّدُ إِنْ

الإنصاف

(١) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْهَبَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٩٤/٨ . كَمَا أَخْرَجَهُ
أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٦١/٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ
مَنْ أَعْطَى وَلَدَهُ ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٩٥/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٧٨/٢ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) الْمُغْنَى ٢٦٩/٨ .

فصل : فأمّا الأمّ ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنّه ليس لها الرُّجوعُ . قال الأثرُمُ : قلتُ لأبي عبدِ الله : الرُّجوعُ للمرأةِ فيما أعطتْ وَلَدَها كالرجلِ ؟ قال : ليس هي عندي « في هذا » كالرجلِ ؛ لأنَّ للأب أن يأخذَ من مالِ وَلَدِهِ ، والأمّ لا تأخذُ . وذكرَ حديثَ عائشةَ : « أَطِيبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ »^(١) . أى كأنه الرجلُ . ولا يصحُّ قياسُ الأمّ على الأبِ ؛ لأنَّ للأبِ ولايةً على وَلَدِهِ ، ويَحُوزُ جَمِيعَ المالِ في

قَصْدَ به رُجوعاً ، فرُجوعٌ ، وإلا فلا ، مع عَدَمِ القَرينةِ ، ويُدَيَّنُ في قَصْدِهِ . وإنَّ الإِنصافَ اقْتَرَنَ به ما يَدُلُّ على الرُّجوعِ ، فَوَجْهَانِ ؛ أَظْهَرُهُما ، أَنَّهُ رُجوعٌ . اخْتارَهُ ابنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . قاله الحارثِيُّ . الخَامِسَةُ ، حُكْمُ الصَّدَقَةِ ، حُكْمُ الهِبَةِ فيما تَقَدَّم . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . اخْتارَهُ القاضى وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ في « المَعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وَنَصَّرَاهُ . قال في « الفُرُوعِ » : هذا أَصَحُّ الوَجْهَيْنِ . وقال في « الإِرْشَادِ » : لا يَحُوزُ الرُّجوعُ في الصَّدَقَةِ بِحَالٍ . وَقَدَّمَهُ الحارثِيُّ ، وقال : هذا المَذْهَبُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ في رِوَايَةِ حَنْبَلٍ .

تنبيه^(٢) : ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، بل هو كالصَّريحِ ، أنَّ الأمّ ليس لها الرُّجوعُ ، إِذَا وَهَبَتْ وَلَدَها . وهو الصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ ، نصٌّ عليه ، وعليه أَكْثَرُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٩ .
والترمذى ، في : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦/١١٠ .
والنسائى ، في : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣١ ، ٤١ ، ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

(٣) في ط : « السادسة » .

الميراث ، بخلاف الأم . ويَحْتَمِلُ أَنَّ لها الرُّجُوعَ ، وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ فإنه قال : وإذا فَاضَلَ بَيْنَ أولادِهِ أُمِرَ بِرَدِّهِ . فيَدْخُلُ فِيهِ الأمُ . وهذا مَذْهَبُ الشافعي ؛ لأنها دَاخِلَةٌ فِي قَوْلِهِ : « إِلَّا الوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . ولأنَّهَا دَخَلَتْ فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « سَوُّوا بَيْنَ أولَادِكُمْ » . فَيَنْبَغِي أَنْ تَتِمَّكَنَ مِنَ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، ولأنَّ طَرِيقَ إِلَى التَّسْوِيَةِ ، ورُبَّمَا لَا يَكُونُ لها طَرِيقٌ غَيْرُهُ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إعْطَاءُ الْآخِرِ كَمَا أُعْطِيَ الْأَوَّلُ ؛ لأنها [٢٤٩/٥] لما سَاوَتْ الْأَبَ فِي تَحْرِيمِ تَفْضِيلِ بَعْضِ وَلَدِهَا ، يَنْبَغِي أَنْ

الأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : هِيَ كَالْأَبِ فِي ذَلِكَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُبْهَجِ » ، وَ « الْإِبْضَاحِ » . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْقَاضِي يَعْقُوبُ ، وَالْحَارِثِيُّ [٢٥٩/٢ ط] ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » . وَقَالَ فِي « الْإِفْصَاحِ » ، وَ « الْوَاضِحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . السَّادِسَةُ^(١) ، لَوْ ادَّعَى اثْنَانِ مَوْلُودًا ، فَوَهَبَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا شَيْئًا^(٢) ، فَلَا رُجُوعَ ؛ لِانْتِفَاءِ ثُبُوتِ الدَّعْوَى ، وَإِنْ ثَبَتَ اللَّحَاقُ بِأَحَدِهِمَا ، ثَبَتَ الرُّجُوعُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَيْضًا ، أَنَّ الْجَدَّ لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيمَا وَهَبَهُ لَوْلَدٍ وَلَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ^(٣) الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : هُوَ كَالْأَبِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَاتِقِ » .

(١) فِي ط : « تَنْبِيهِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

تُسَاوِيهِ فِي التَّمَكُّنِ مِنَ الرُّجُوعِ فِيمَا فَضَّلْتَهُ بِهِ ، تَخْلِيصًا لَهَا مِنَ الْإِثْمِ ،
وإِزَالَةً لِلتَّفْضِيلِ ^(١) الْمُحْرَمِ ، كَالْأَبِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .
وَقَالَ مَالِكٌ : لِلْأُمِّ الرُّجُوعُ فِيمَا وَهَبَتْ وَلَدَهَا ، مَا كَانَ أَبُوهُ حَيًّا ، فَإِنْ
كَانَ مَيِّتًا فَلَا رُجُوعَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا هِبَةٌ لِتَيْمٍ ، وَهِبَةُ التَّيْمِ لَازِمَةٌ ، كَصَدَقَةِ
التَّطَوُّعِ . وَمِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ لَا يُرْجَعُ فِي صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ .

فصل : وَحُكْمُ الصَّدَقَةِ حُكْمُ الْهِبَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا . وَهُوَ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ . وَفَرَّقَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ بَيْنَهُمَا ، فَلَمْ يُجِزُوا الرُّجُوعَ فِي
الصَّدَقَةِ بِحَالٍ ، وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ عُمَرَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا صِلَةَ
الرَّحِمِ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يُرْجَعُ . وَلَنَا ، حَدِيثُ الثُّعْمَانِ ،
فَإِنَّهُ قَالَ : تَصَدَّقْ أَيْ عَلَى بَصَدَقَةٍ ، فَرَجَعَ أَيْ فَرَدَّتْ تِلْكَ الصَّدَقَةُ . وَأَيْضًا
قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . وَهَذَا يُقَدِّمُ عَلَى قَوْلِ
عُمَرَ ، ثُمَّ هُوَ خَاصٌّ فِي الْوَالِدِ ^(٢) ، وَحَدِيثُ عُمَرَ عَامٌّ ^(٣) ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ
الْخَاصُّ عَلَيْهِ .

فصل : وَلِلرُّجُوعِ فِي هِبَةِ الْوَلَدِ شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبْقَى مِلْكُ
الْإِبْنِ فِيهَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ بَيْعًا أَوْ هِبَةً أَوْ وَقْفًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ،
لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ إِبْطَالٌ لِمِلْكِهِ غَيْرِ ^(٤) الْوَلَدِ ، فَأَشْبَهَ غَيْرَ

(١) فِي النِّسْخِ : « التَّفْضِيلُ » وَالتَّحْبِثُ مِنَ الْمُنَى ٢٦٣/٨ .

(٢) فِي م : « الْوَلَدُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

المَوْهُوبِ لِلْوَلَدِ . الثاني ، أن تكون العَيْنُ باقيةً في تَصَرُّفِ الْوَلَدِ ، يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهَا ، فَإِنْ اسْتَوْلَدَ الْأَمَةُ ، لم يَمْلِكِ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فيها لا يجوزُ نَقْلَهُ إلى غيرِ سَيِّدِهَا . وكذلك إن أَفْلَسَ وَحُجِرَ عَلَيْهِ أَوْ رَهَنَ الْعَيْنَ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِ الْوَلَدِ . فَإِنْ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، فَله الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْابْنِ لم يَزُلْ ، وَإِنَّمَا طَرَأَ مَعْنَى قَطْعِ التَّصَرُّفِ مع بَقَاءِ الْمِلْكِ فَمَنَعَ الرَّجُوعُ ، فَإِذَا زَالَ زَالَ الْمَنعُ . وَالصَّحِيحُ فِي التَّذْيِيرِ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعُ . فَإِنْ قُلْنَا : يَمْنَعُ الْبَيْعُ . مَنَعَ الرَّجُوعُ ، كَالِاسْتِيلَادِ . وَكُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَمْنَعُ الْابْنَ التَّصَرُّفَ فِي الرَّقَبَةِ ؛ كَالْوَصِيَّةِ ، وَالْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ فيما يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ ، وَالْوَطْءِ ، وَالتَّزْوِيجِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْمُزَارَعَةِ عَلَيْهَا ، وَجَعْلِهَا مُضَارَبَةً ، أَوْ فِي عَقْدِ شَرِكَةٍ ، فَكُلُّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ الْابْنِ فِي رَقَبَتِهَا ، وَكَذَلِكَ تَغْلِيْقُ الْعِنَقِ بِصِفَةٍ . وَإِذَا رَجَعَ وَكَانَ التَّصَرُّفُ لَازِمًا ؛ كَالِإِجَارَةِ ، وَالتَّزْوِيجِ ، وَالكِتَابَةِ ، [٢٤٩/٥] فَهُوَ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ الْابْنَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَهُ ، « فَكَذَلِكَ مَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ جَائِزًا ؛ كَالْوَصِيَّةِ ، وَالْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، بَطَلَ ؛ لِأَنَّ الْابْنَ يَمْلِكُ إِبْطَالَهُ » . وَأَمَّا التَّذْيِيرُ وَالْمُعْلَقُ عِنْتَهُ بِصِفَةٍ ، فَلَا يَنْقُي حُكْمَهَا فِي حَقِّ الْأَبِ ، وَمَتَى عَادَ إِلَى الْابْنِ عَادَ حُكْمُهَا . وَالْبَيْعُ الَّذِي لِلْابْنِ فِيهِ خِيَارٌ ؛ إِمَّا بِالشَّرْطِ ، أَوْ عَيْبٍ فِي الثَّمَنِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَمْنَعُ

وَأِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً ، لَمْ تَمْنَعْ الرُّجُوعَ ، ^{المفنع}
وَالزِّيَادَةُ لِلْإِبْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهَلْ تَمْنَعُ الْمُتَّصِلَةُ

الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ يَتَضَمَّنُ فسخَ مِلْكِ الابنِ فِي عَوْضِ الْمَبِيعِ ، وَلَمْ
يُثَبِّتْ ذَلِكَ مِنْ جِهَتِهِ .

فصل : فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهَا رَغْبَةٌ لغيرِ الْوَلَدِ ، مِثْلُ أَنْ يَهَبَ وَلَدَهُ شَيْئًا ، فَيَرْغَبُ
النَّاسُ فِي مُعَامَلَتِهِ وَيُدَايِنُوهُ ، أَوْ فِي مُنَاكَحَتِهِ ، فَيَزُوجُوهُ ، أَوْ يَهَبَ بِنْتَهُ
فَتَتَزَوَّجَ لذلِكَ ، فَعَنْ أَحْمَدَ رَوَاتَانِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ، لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ . قَالَ
أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ أُبَى الْحَارِثِ ، فِي الرَّجُلِ يَهَبُ ابْنَهُ مَالًا : فَلهِ الرُّجُوعُ
إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرَّ بِهِ قَوْمًا ، فَإِنْ غَرَّ بِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ . وَهَذَا مَذْهَبُ
مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ لغيرِ الابنِ ، فَفِي الرُّجُوعِ إِبْطَالُ حَقِّهِ ، وَقَدْ
قَالَ ، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(١) . وَفِي الرُّجُوعِ
ضَرَرٌ ، وَلِأَنَّ فِي هَذَا تَحْيِيلًا عَلَى الْحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ .
وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَزَوِّجِ وَالْعَرِيمِ لَمْ
يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ هَذَا الْمَالِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ فِيهِ . وَإِنْ دَايَنَهُ النَّاسُ فَأُفْلَسَ
وَلَمْ يُحْجَزْ عَلَيْهِ ، فَعَلَى الرَّوَاتَيْنِ .

٢٦٢٠ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً ،
لَمْ تَمْنَعْ الرُّجُوعَ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْإِبْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهَلْ تَمْنَعُ

قَوْلُهُ : وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً ، لَمْ تَمْنَعْ الرُّجُوعَ . إِذَا

الْإِنْصَافُ

(١) تقدم تحريره في ٣٦٨/٦ .

المقنع الرجوع ؟ على روايتين .

الشرح الكبير

الْمُنْفَصِلَةُ الرَّجُوعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ (أَمَّا الزَّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وَكَسْبِ الْعَبْدِ ، فَلَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالزَّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا حَادِثَةٌ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَلَا تَتَّبِعُ هُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا لِلْأَبِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . فَإِنْ كَانَتْ الزَّيَادَةُ وَلَدَ أُمَةٍ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، مَنَعَ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ : إِنَّ الزَّيَادَةَ الْمُنْفَصِلَةَ لِلْأَبِ . فَلَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ يَرْجِعُ فِي الْأُمِّ ، وَيَتَمَلَّكُ الْوَلَدَ ^(١) مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ .

فصل : فَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْعَيْنِ ، أَوْ نَقَصَتْ قِيمَتُهَا ، لَمْ يَمْنَعِ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَلَا ضَمَانُ عَلَى الْإِبْنِ فِيمَا تَلَفَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ عَلَى مِلْكِهِ ، سَوَاءٌ تَلَفَ بِفِعْلِ الْإِبْنِ أَوْ بَغَيْرِ فِعْلِهِ . وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ جُنَايَةً ، تَعَلَّقَ أُرْشُهَا بِرَقَبَتِهِ ،

الإنصاف

نَقَصَتْ الْعَيْنُ ، لَمْ تَمْنَعِ مِنَ الرَّجُوعِ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَكَذَا إِذَا زَادَتْ زِيَادَةُ مُنْفَصِلَةٍ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَفِي « الْمُوجِزِ » رِوَايَةٌ ؛ أَنَّهَا تَمْنَعُ .

تنبيه : يُسْتَشْنَى مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ كَانَتْ الزَّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ وَلَدَ أُمَةٍ ، لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، مَنَعَ الرَّجُوعَ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ : الزَّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ لِلْأَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالنَّاظِمُ ، وَغَيْرُهُمْ . قُلْتُ : فَيُعَالَى بِهَا . وَتَقْدَمُ فِي آخِرِ الْجِهَادِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ .

فهو كتقصانه بذهاب بعض أجزائه ، وللأب الرجوع فيه ، فإن رجع فيه ، ضمن أرض [٢٥٠/٥] الجناية . وإن جنى على العبد ، فرجع الأب فيه ، فأرض الجناية عليه للابن ؛ لأنه بمنزلة الزيادة المتصلة . فإن قيل : فلو أراد الأب الرجوع في الرهن ، وعليه فكأه ، لم يملك ذلك ، فكيف يملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرض الجناية ؟ قلنا : الرهن يمنع التصرف في العين ، بخلاف الجناية ، ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له ، وههنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد ، فافترقا .

قوله : والزيادة للابن - هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب - ويحتمل أنها للأب . وهو رواية في « الفائق » وغيره . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، واستثنوا ولد الأمة ؛ فإنها للولد عندهم ، بلا نزاع . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، وغيرهم ، وتقدم نظيرها في الحجر واللقطة .

قوله : وهل تمنع الزيادة المتصلة الرجوع ؟ على روايتين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المعنى » ، و « الكافي » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « تجريد العناية » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، و « القواعد » . قال في « الرعايتين » ، و « الفائق » : وفي منع المتصلة ، صورة ومعنى ، روايتان . زاد في « الكبرى » ؛ كسمن وكبر وحبل وتعلم صنعة ؛ إحداهما ، تمنع . صححه في « التصحيح » ، ونصره المصنف ، والشارح . قال في « القاعدة الحادية والثمانين » ، بعد إطلاق الروايتين :

فصل : فأما الزيادة المتصلة ، كالسمن والكبر وتعلم صنعة ، إذا زادت بها القيمة ، فعن أحمد فيها روايتان ؛ إحداهما ، لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة . والثانية ، تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن الزيادة للموهوب له ، لكونها نماءً ملكه ، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها ، امتنع الرجوع في الأصل ؛ لئلا يفضى إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص ، ولأنه فسخ استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه ، فمنعه الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح ، أو نضفه بالطلاق ، ورجوع البائع في المبيع لفلس المشتري . وفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري ، وقد رضى ببذل الزيادة . وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ، وجد المشتري بالآخر عيباً ، قلنا : بائع المعيب سلط المشتري على الفسخ بينه

والمقصود عن أحمد ، في رواية ابن منصور ، امتناع الرجوع . وهو المذهب على ما اضطلحنه في الخطبة . والرواية الثانية ، لا تمنع . نص عليه في رواية حنبل . وهو اختيار القاضي ، وأصحابه . قاله الحارثي ، واختاره ابن عبدوس ، في « تذكرته » ، وقال : يشارك المتهب^(١) بالمتصلة . قال في « القواعد » ، على القول بجواز الرجوع : لا شيء على الأب للزيادة .

(١) زيادة من ط ، وانظر : تصحيح الفروع ٦٤٨/٤ .

الْمَعِيبَ ، فَكَأَنَّ الْفَسْخَ وَجِدَ مِنْهُ . وَلِهَذَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا فَسَخَ الزَّوْجُ النِّكَاحَ لَعَيْبِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : يَسْقُطُ صَدَاقُهَا ، كَمَا لَوْ فَسَخَتْهُ . وَعَلَى هَذَا ، لَا فَرْقَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَيْنِ ؛ كَالسَّمَنِ وَالطُّوْلِ وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ فِي الْمَعَانِي ؛ كَتَعْلَمِ صِنَاعَةٍ ، أَوْ كِتَابَةٍ ، أَوْ قُرْآنٍ ، أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ إِسْلَامٍ ، أَوْ قَضَاءٍ دَيْنٍ عَنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الزِّيَادَةُ بِتَعْلَمِ الْقُرْآنِ وَقَضَاءِ دَيْنٍ عَنْهُ ، لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ لَهَا مُقَابِلٌ مِنَ الثَّمَنِ ، فَمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ ، وَتَعْلَمِ صِنْعَةٍ . وَإِنْ زَادَ بَيْرُثُهُ مِنْ مَرَضٍ أَوْ صَمَمٍ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ، كَسَائِرِ الزِّيَادَاتِ . وَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةُ الْعَيْنِ أَوْ التَّعْلَمِ لَا تَزِيدُ فِي قِيَمَتِهِ شَيْئًا أَوْ تَنْقُصُ مِنْهَا ، لَمْ تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزِيَادَةٍ [٢٥٠/٥ ط] فِي الْمَالِيَّةِ .

فصل : فَإِنْ قَصَرَ الْعَيْنُ أَوْ فَصَّلَهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، هَلْ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ أَوْ لَا ؟ مَبْنِيٌّ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي السَّمَنِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَمْنَعَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ الرُّجُوعَ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا حَاصِلَةٌ بِفِعْلِ الْإِبْنِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْعَيْنِ الْحَاصِلَةِ بِفِعْلِهِ ، بِخِلَافِ السَّمَنِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ الْعَيْنِ ، فَيَكُونُ تَابِعًا لَهَا . وَإِنْ

فائدة : لَوْ اخْتَلَفَ الْأَبُ وَوَلَدُهُ فِي حَدُوثِ زِيَادَةِ الْمَوْهُوبِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَبِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : قَوْلُ الْوَلَدِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) في : المغنى ٢٦٧/٨ .

وَأِنْ بَاعَهُ الْمُتَّهَبُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِيْنَعٍ أَوْ هِبَةٍ ، لَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعُ .

وَهَبَهُ حَامِلًا فَوَلَدَتْ فِي يَدِ الْإِبْنِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فِي الْوَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ
أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً إِذَا قُلْنَا : الْحَمْلُ لَا حُكْمَ لَهُ . وَإِنْ وَهَبَهُ حَامِلًا
ثُمَّ رَجَعَ فِيهَا حَامِلًا ، جاز ، إِذَا لَمْ تَرُدَّ قِيَمَتُهَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهَا ، فَهِيَ
زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وَإِنْ وَهَبَهُ حَائِلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، وَلَهُ
الرَّجُوعُ فِيهَا دُونَ حَمْلِهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ . فَزَادَتْ بِهِ
قِيَمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وَإِنْ لَمْ تَرُدَّ ، جاز الرَّجُوعُ فِيهَا . وَإِنْ وَهَبَهُ
نَحْلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وَبَعْدَهُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ .

٢٦٢١ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَهُ الْمُتَّهَبُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ إِقَالَةٍ ،
فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِيْنَعٍ أَوْ هِبَةٍ ، لَمْ يَمْلِكِ
الرَّجُوعُ) إِذَا خَرَجَتْ الْعَيْنُ عَنْ مِلْكِ الْإِبْنِ بِيْنَعٍ أَوْ هِبَةٍ ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ
بَسَبَبٍ ، كِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَبُ الرَّجُوعَ
فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ لَمْ يَسْتَفِدْهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ ، فَلَا يَمْلِكُ فَنَسْخَهُ

قوله : وَإِنْ بَاعَهُ الْمُتَّهَبُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ . وَكَذَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَلَسٍ الْمُشْتَرَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « التَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقِهِيَّةِ » ،
وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛
أَحْذَهُمَا ، يَرْجِعُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيزِ » ،

وَأِنْ وَهَبَهُ الْمُتَّهَبُ لِأَيِّهِ ، لَمْ يَمْلِكْ أَبُوهُ الرُّجُوعَ ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ . ^{المقنع}

^{الشرح الكبير} وإزالته ، كالذى لم يكن مؤهوباً . وإن عادت إليه بفسخ العيب أو إقالة أو فلس المشتري ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يملك الرجوع ؛ لأن السبب المزيل ارتفع ، وعاد الملك بالسبب الأول ، فأشبه ما لو فسخ البيع بالخيار . والثاني ، لا يملك الرجوع ؛ لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه ، أشبه ما لو عاد إليه بالهبة . فأما إن عاد إليه بخيار الشرط أو خيار المجلس ، فله الرجوع ؛ لأن الملك لم يستقر عليه .

٢٦٢٢ - مسألة : (وإن وهبه المتَّهبُ لأَيِّهِ ، لم يملك أبوه الرجوع ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ) لأن رجوعه إنطال لملك غيره . فإن رجع الابن في هبته ، احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته ؛ لأنه فسخ هبته

^{الإنصاف} و « المتَّوَر » . واختاره ابن عبدوس في « تذكرته » . والوجه الثاني ، لا يرجع . صححه في « التصحيح » . وقطع به القاضي ، وابن عقيل . قاله الحارثي . وهذا في الإقالة ، إذا قلنا : هي فسخ . أمّا إذا قلنا : هي بيع . فقال في « فوائد القواعد » : يمتنع رجوع الأب . وتقدم ذلك في فوائد الإقالة ؛ هل هي فسخ ، أو بيع ؟ « وقيل : إن رجع بخيار ، رجع ، وإلا فلا . وأطلقه الزركشي » .

قوله : وإن رجع إليه يبيع أو هبة ، لم يملك الرجوع . بلا نزاع . وكذا لو رجع إليه بإرث أو وصية .

قوله : وإن وهبه المتَّهبُ لأَيِّهِ ، لم يملك أبوه الرجوع ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ . إذا وهبه المتَّهبُ لأَيِّهِ ، ولم يرجع هو ، لم يملك الجد الرجوع . على الصحيح

وإن كاتبه أو رهنه ، لم يملك الرجوع ، إلا أن ينفك الرهن وتنفسح
الكتابة .
المقنع

برجوعه ، فعاد إليه المالك بالسبب الأول . ويحتمل أن لا يملك الأب
الرجوع ؛ لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه ، فأشبه ما لو
وهبه ابن الابن لأبيه^(١) .
الشرح الكبير

[٢٥١/٥] ٢٦٢٣ - مسألة : (وإن كاتبه أو رهنه ، لم يملك) أبوه
(الرجوع ، إلا أن ينفك الرهن وتنفسح^(٢)) أما إذا رهنه الابن ، فليس للأب

من المذهب . جزم به ابن منجى في « شرحه » ، و « الشارح » ،
و « المحرر » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الهداية » ،
و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ،
و « الحاوى الصغير » ، و « الفائق » . وفي احتمال ، له الرجوع ، ذكره أبو
الخطاب . قال في « التلخيص » : وهو بعيد . قال الحارثي : وهو كما قال ، وأبو
الخطاب وهم . انتهى . وأطلقهما في « الفروع » . وإن رجع ، ملك الواهب
الأول الرجوع ، على الصحيح من المذهب . وجزم به المصنف هنا ، وجزم به
في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،
و « الحارثي » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » .
ويحتمل أن لا يملك الرجوع . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ،
و « الفروع » .
الإنصاف

قوله : وإن كاتبه ، لم يملك الرجوع ، إلا أن يفسخ الكتابة . هذا المذهب مبني

(١) في الأصل ، م : « لابنه » .

(٢) أى الكتابة .

الرُّجُوعُ قَبْلَ انْفِكَالِ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِبْطَالَ حَقِّ غَيْرِ الْوَلَدِ . فَإِنْ انْفَكَلَ الرَّهْنُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِزَوَالِ الْمَانِعِ ، وَلِأَنَّهُ عَادَ إِلَى صِحَّةِ تَصَرُّفِ الْابْنِ فِيهِ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الْمَرْهُونِ . وَحُكْمُ الْكِتَابَةِ كَذَلِكَ عِنْدَ مَنْ لَا يَرَى بَيْعَ الْمُكَاتَبِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَجَمَاعَةٍ غَيْرِهِ . فَأَمَّا مَنْ أَجَازَ بَيْعَ الْمُكَاتَبِ فَحُكْمُهُ عِنْدَهُ كَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَالْمُزَوَّجِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَ جَوَازِ بَيْعِ الْمُكَاتَبِ . أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ بَيْعِهِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، الْإِنْصَافُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ . قَالَ الشَّارِحُ . ^(١) « وَقَدْ صَرَّحَ قَبْلَ ذَلِكَ بِجَوَازِ الرُّجُوعِ فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ » . فَكَذَا هُنَا ، لَكِنَّ الْمُسْتَأْجَرَ مُسْتَحَقٌّ لِلْمَنَافِعِ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ، وَالْكِتَابَةُ بَاقِيَةٌ عَلَى حُكْمِهَا إِذَا رَجَعَ أَيْضًا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ كَاتَبَهُ ، وَمُنِعَ بَيْعُ [٢٦٠/٢] الْمُكَاتَبِ ، وَزَالَتْ الْكِتَابَةُ بَفَسْخِ أَوْ عَجْزِ رَجَعِ ، وَإِلَّا فَلَا ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ . وَمَا أَخَذَهُ الْابْنُ مِنْ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ، لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ أَبُوهُ ، بَلْ يَأْخُذُ مَا يُؤَدِّيهِ وَقْتُ رُجُوعِهِ وَبَعْدَهُ ، فَإِنْ عَجَزَ ، عَادَ إِلَيْهِ . ^(٢) قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَشَرَطُ الرُّجُوعِ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ حَقٌّ يَمْنَعُ تَصَرُّفَ الْابْنِ ؛ كَالرَّهْنِ ، وَحَجْرِ الْفَلَسِ ، وَالْكِتَابَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ ^(٣) .

فائدة : لَا يَمْنَعُ التَّدْبِيرُ الرُّجُوعَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَمْنَعُ . وَهَذَا الْحُكْمُ مُفَرَّغٌ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ بَيْعِهِ ، فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِمَنْعِ الْبَيْعِ ، فَإِنَّ الرُّجُوعَ يَمْتَنِعُ كَالْأَسْتِيْلَاءِ . قَالَ الشَّارِحُ وَغَيْرُهُ .

(١ - ٢) زيادة من : ١ .

فصل : والرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ أَنْ يَقُولَ : قَدْ رَجَعْتُ فِيهَا . أَوْ :
ارْتَجَعْتُهَا . أَوْ : رَدَدْتُهَا . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِنْ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى الرَّجُوعِ .
 وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ
 الرَّجُوعُ إِلَّا بِقَضَاءٍ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُؤْهُوبِ لَهُ مُسْتَقَرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ
 فِي فسخِ عَقْدٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَضَاءٍ ، كَالْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . فَإِنْ أَخَذَ
 مَا وَهَبَهُ لَوْلَدِهِ وَنَوَى بِهِ الرَّجُوعَ ، كَانَ رُجُوعًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِيَّتِهِ ؛
 لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْهُ . فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ وَلَمْ يُعْلَمْ هَلْ نَوَى الرَّجُوعَ أَوْ
 لَا ، وَلَمْ تُوجَدْ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ ، لَمْ نَحْكَمْ بِأَنَّهُ رُجُوعٌ ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ
 يَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ وَغَيْرَهُ ، فَلَا نُزِيلُ حُكْمًا يَقِينًا بِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ . فَإِنْ
 اقْتَرَنْتَ بِهِ قَرَائِنُ دَالَّةٌ عَلَى الرَّجُوعِ ، كَانَ رُجُوعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .
 اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّا اكْتَفَيْنَا فِي الْعَقْدِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ فِي الْفَسْخِ ، وَلِأَنَّ
 لَفْظَ الرَّجُوعِ إِنَّمَا كَانَ رُجُوعًا لِدَلَالَتِهِ عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَيْهِ .
 وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ

فائدة : إيجارة الولد له ، وتزويجه ، والوصية به ، والهبة قبل القبض ،
والمزارعة ، والمضاربة به ، والشركة ، وتعليق عتقه بصفة ، لا يمنع الرجوع .
وكذا وطء الولد ، لا يمنع الرجوع . وكذا إباق العبد وردة الولد ، لا يمنع ،
إِنْ قِيلَ ببقاء المِلْك . وَإِنْ قِيلَ : مُرَاعَى . فَكَذَلِكَ الرَّجُوعُ . وَإِنْ قِيلَ : بِزواله ^(١)
مَنَعَتْ .

(١) فِي الْأَصْل : « بِجَوَازِهِ » .

وَعَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَرْأَةِ تَهَبُ زَوْجَهَا مَهْرَهَا : إِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ الْمَنْعَ رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ لَهُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ أَوْ إِضْرَارٍ بِهَا بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا .

لِلْمَوْهُوبِ لَهُ يَقِينًا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَيُمْكِنُ أَنْ يَنْبَنَى هَذَا عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ فِيهِ ، لَمْ يَكْتَفِرْ هَهُنَا إِلَّا بِلَفْظٍ يَفْتَضِي زَوَالَهُ ، وَمَنْ اكْتَفَى فِي الْعَقْدِ بِالْمُعَاطَةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . فَإِنْ نَوَى الرَّجُوعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ وَلَا قَوْلٍ ، لَمْ يَحْصُلِ الرَّجُوعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِبْثَاتُ الْمِلْكِ عَلَى مَالٍ مَمْلُوكٍ لغيره ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَإِنْ عَلَّقَ الرَّجُوعَ بِشَرْطٍ ، فَقَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي الْهَبَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ لِلْعَقْدِ لَا يَقِفُ عَلَى شَرْطٍ لَا يَقِفُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ .

٢٦٢٤ - مسألة : (وعن أحمد ، في المرأة تَهَبُ [٢٥١/٥ ط] زَوْجَهَا مَهْرَهَا : إِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ لَهُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ أَوْ إِضْرَارٍ بِهَا بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا) اِخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَبَةِ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا ، فَعَنَهُ ، لَا رُجُوعَ لَهَا . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ،

وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ ﴾ ^(١) . وقال تعالى :
﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا ﴾ ^(٢) . الآية . وعموم الأحاديث .
وعنه رواية ثانية ، لها الرجوع . قال الأثرم : سَمِعْتُ أَحْمَدَ يُسْأَلُ عَنْ الْمَرَأَةِ
تَهَبُ ثُمَّ تَرْجِعُ ، فَرَأَيْتُهُ يَجْعَلُ النِّسَاءَ غَيْرَ الرِّجَالِ ، ثُمَّ ذَكَرَ الْحَدِيثَ : « إِنَّمَا
يَرْجِعُ فِي الْمَوَاهِبِ النِّسَاءَ وَشِرَارُ النَّاسِ » ^(٣) . وذكر حديثَ عُمَرَ : إِنَّ
النِّسَاءَ يُعْطِينَ أَزْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً وَرَهْبَةً ، فَإِذَا امْرَأَةٌ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئًا ثُمَّ
أَرَادَتْ أَنْ تَغْتَصِرَهُ فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ ^(٤) . رواه الأثرم ^(٥) . وهذا قول شريح ،
والشَّعْبِيِّ . وحكاها الزُّهْرِيُّ عَنْ الْقُضَاةِ . وعنه رواية ثالثة ، نقلها عنه
أَبُو طَالِبٍ : إِذَا وَهَبْتَ لَهُ مَهْرَهَا ، فَإِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ
أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ أَوْ إِضْرَارٍ بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ
لَمْ يَكُنْ سَأَلَهَا وَتَبَرَّعَتْ ^(٦) بِهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ . فظاهرُ هذه الرواية ، أَنَّهُ مَتَى
كَانَتْ مَعَ الْهَبَةِ قَرِينَةٌ ؛ مِنْ مَسْأَلَتِهِ لَهَا ، أَوْ غَضَبٍ عَلَيْهَا ، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى
خَوْفِهَا مِنْهُ ، فَلَهَا الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تَطِبْ بِهِ نَفْسًا ،
وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ طَيِّبِ نَفْسِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ
شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ . فيكونُ فيها ثلاثُ رواياتٍ ؛

(١) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٢) سورة النساء ٤ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العائد في هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ١١١/٩ .

(٤) سقط من : الأصل ، م .

(٥) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه . المصنف ١١٥/٩ .

(٦) في م : « وترغب » .

فصل : وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، وَيَتَمَلَّكَهُ مَعَ حَاجَتِهِ وَعَدَمِهَا ، فِي صِغَرِهِ وَكِبَرِهِ ، إِذَا لَمْ تَتَعَلَّقْ حَاجَةُ الْإِبْنِ بِهِ .

إحداها ، لَيْسَ لَهَا الرُّجُوعُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . والثانية ، لَهَا الرُّجُوعُ مُطْلَقًا ؛ لحديثِ عُمَرَ . والثالثة ، التَّفْصِيلُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، وَيَتَمَلَّكَهُ مَعَ حَاجَتِهِ وَعَدَمِهَا ، فِي صِغَرِهِ وَكِبَرِهِ ، مَا لَمْ تَتَعَلَّقْ حَاجَةُ الْإِبْنِ بِهِ) إِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا أَنْ لَا يُجْحِفَ بِالْإِبْنِ ، وَلَا يَضُرُّهُ ، وَلَا يَأْخُذُ شَيْئًا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ فَيُعْطِيَهُ الْآخَرَ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ ؛ لِأَنَّهُ

قوله : وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِشَرْطِهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَمَنْعَ مِنْ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ ، ذَكَرَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْإِعْغَافِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَيْسَ لِلْأَبِ الْكَافِرِ أَنْ يَتَمَلَّكَ مِنْ ^(١) مَالِ وَلَدِهِ الْمُسْلِمِ ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الْوَلَدُ كَافِرًا ثُمَّ أَسْلَمَ . قُلْتُ : وَهَذَا عَيْنُ الصَّوَابِ . وَقَالَ أَيْضًا : وَالْأَشْبَهُ أَنَّ الْأَبَ الْمُسْلِمَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ الْكَافِرِ شَيْئًا . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يُسْتَتَنَّى ، مِمَّا لِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ، سُرِّيَّةً لِلْإِبْنِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمُّ وَلَدٍ ؛ فَإِنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالزَّوْجَةِ . وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ . وَيَأْتِي كَلَامُهُ أَيْضًا قَرِيبًا ، إِذَا تَمَلَّكَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ أَوْ مَرَضٍ مَوْتِ الْإِبْنِ .

قوله : مع الحاجةِ وعدَمِها . يعْنِي ، مع حاجةِ الأبِ وعدَمِها . وهذا المذهبُ .

(١) زيادة من : أ .

مَمْنُوعٌ مِنْ تَخْصِيصِ بَعْضِ وَلَدِهِ بِالْعَطِيَّةِ مِنْ مَالٍ [٢٥٢/٥] نَفْسِهِ ،
فَلَأَنْ يَمْنَعَ مِنْ تَخْصِيصِهِ بِمَا أَخَذَهُ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ الْآخِرَ أَوْلَى . وَقَدْ رُوِيَ
أَنْ مَسْرُوقًا زَوْجَ ابْنَتِهِ بِصَدَاقِ عَشْرَةِ آلَافٍ فَأَخَذَهَا فَانْفَقَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ،
وَقَالَ لِلزَّوْجِ : جَهِّزِ امْرَأَتَكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ :
لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ إِلَّا بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ

الشرح الكبير

جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ
الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَتَمَلَّكُ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ إِلَّا مَا اخْتِاجَ إِلَيْهِ . وَسَأَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ
وغيره عن الأبِّ ، يَأْكُلُ مِنْ مَالِ ابْنِهِ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، إِلَّا أَنْ يُفْسِدَهُ ، فَلَهُ الْقَوْتُ فَقَطْ .
تَنْبِيهِ : مَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الْأُمَّ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالٍ وَلَدِهَا
كَالْأَبِّ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : لَهَا ذَلِكَ
كَالْأَبِّ .

الإنصاف

قوله : إِذَا لَمْ تَتَعَلَّقْ حَاجَةُ الْإِبْنِ بِهِ . يُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ اخْتِذِ الْأَبِّ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ ،
أَنْ لَا يَضُرَّ الْأَخْذُ بِهِ ، كَمَا إِذَا تَعَلَّقَتْ حَاجَتُهُ بِهِ . نَصُّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ » ،
و « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، لَهُ الْأَخْذُ مَا لَمْ يُجْحِفْ بِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ،
و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « تَذَكِيرَةُ ابْنِ عَبْدِوَسَّاسٍ » ، و « نَازِمُ الْمُفْرَدَاتِ » .
قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » : وَلِلْأَبِّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، مَعَ
غِنَاهُ وَحَاجَتِهِ ، بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ لَا يُجْحِفَ بِالْإِبْنِ ، وَلَا يَأْخُذَ مَا تَعَلَّقَتْ
بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ أَحَدٍ وَلَدَيْهِ ، فَيُعْطِيَهُ الْآخَرَ . نَصُّ عَلَيْهِ ، فِي
رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ
لَيْسَ لِلْأَبِّ أَنْ يَتَمَلَّكُ مِنْ مَالِ ابْنِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِ الْأَبِّ مَا يُخْلِفُهُ تَرَكَةً ؛ لِأَنَّهُ بِمَرَضِهِ

دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا ،
 فِي شَهْرِكُمْ هَذَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَرَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ :
 « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَلَدِهِ وَوَالِدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ
 فِي « سُنَنِهِ »^(٢) . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ
 إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ » . رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ^(٣) . وَلَأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ تَأْمُّ عَلَى مَالِ
 نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ ، كَالَّذِي تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ . وَلَنَا ، « مَا
 رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا » ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ
 أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . أَخْرَجَهُ
 سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ
 شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : إِنَّ
 أُنَى اجْتِنَاحٍ مَالِي . فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي

قَدْ انْعَقَدَ السَّبَبُ الْقَاطِعُ لِمَلِكِهِ ، فَهُوَ كَالْوِثْمِ فِي مَرَضٍ مَوْتِ الْإِبْنِ . انْتَهَى .
 وَقَالَ أَيْضًا : لَوْ أَخَذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ شَيْئًا ، ثُمَّ انْفَسَخَ سَبَبُ اسْتِحْقَاقِهِ ، بِحَيْثُ وَجَبَ
 رَدُّهُ إِلَى الَّذِي كَانَ مَالِكَهُ ؛ مِثْلَ أَنْ يَأْخُذَ الْأَبُ صَدَاقَ ابْنَتِهِ ، ثُمَّ يُطَلِّقَ الزَّوْجَ ، أَوْ

(١) تقدم تخريجه في ٣٦٣/٨ . من حديث جابر في صفة الحج .

(٢) وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال يجب على الرجل مكتبة عبده ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى

٣١٩/١٠ . عن حبان بن أبي جيلة .

(٣) تقدم تخريجه في ٤٣٢/١٣ .

(٤) (٤ - ٤) سقط من : الأصل ، م .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٨٧ .

« مُعْجَمِهِ » مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(١) ، وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ نَحْوَهُ ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ ، وَزَادَ : « وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُّوْا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُنْكَدِرِ ، وَالْمُطَّلِبُ بْنُ حَنْطَبٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : إِنَّ لِي مَالًا وَعِيَالًا ، وَلَأُمِّي مَالًا وَعِيَالًا ، وَأُمِّي يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِي ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ^(٢) . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْوَلَدَ مَوْهُوبًا لِأَبِيهِ فَقَالَ : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾ ^(٤) . وَقَالَ زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾ ^(٥) . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴾ ^(٦) . وَمَا كَانَ مَوْهُوبًا لَهُ كَانَ لَهُ أَخْذُ مَالِهِ ، كَعَبْدِهِ . قَالَ سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ ﴾ ^(٧) . ثُمَّ ذَكَرَ

يَأْخُذُ الزَّوْجُ ثَمَنَ السَّلْعَةِ الَّتِي بَاعَهَا الْوَلَدُ ، ثُمَّ يَرُدُّ السَّلْعَةَ بَعِيْبٍ ، أَوْ يَأْخُذُ الْمَبِيعَ الَّذِي اشْتَرَاهُ الْوَلَدُ ، ثُمَّ يُفْلِسُ بِالثَّمَنِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالْأَقْوَى فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ ،

(١) أَخْرَجَهُ الطِّرَافِيُّ ، فِي الْكَبِيرِ ٢٧٩/٧ عَنْ سَمُرَةَ . وَفِي الصَّغِيرِ ٨/١ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ . وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٣٢٥/٣ .

وَالْحَدِيثَ تَقْدِمَ تَحْرِيجِهِ فِي ٩٤/٧ .

(٢) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا لِلرَّجُلِ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٦٩/٢ .

(٣) سُورَةُ الْأَنْعَامِ ٨٤ ، وَالْأَنْبِيَاءِ ٧٢ ، وَالْعَنْكَبُوتِ ٢٧ .

(٤) سُورَةُ الْأَنْبِيَاءِ ٩٠ .

(٥) سُورَةُ مَرْيَمَ ٥ .

(٦) سُورَةُ إِبْرَاهِيمَ ٣٩ .

(٧) سُورَةُ النُّورِ ٦١ .

وَأِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ؛ بَيْعٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ ، الْمُنْعَ
لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ .

الشرح الكبير يَبُوتَ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ إِلَّا الْأَوْلَادَ لَمْ يَذْكُرْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي قَوْلِهِ : ﴿ مِنْ يَبُوتِكُمْ ﴾ . فَلَمَّا كَانَتْ [٢٥٢/٥ ط] يَبُوتُ أَوْلَادِهِمْ كَيَبُوتِهِمْ ، لَمْ يَذْكُرْ يَبُوتَ أَوْلَادِهِمْ . وَلَأَنَّ الرَّجُلَ يَلِي مَالَ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَلَّيَةٍ ، فَكَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَالِنَفْسِ . وَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ فَأَحَادِيثُنَا تَخُصُّهَا وَتُفَسِّرُهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مَالَ الْإِبْنِ مَالًا لِأَبِيهِ بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » . الْحَدِيثُ مُرْسَلٌ . ثُمَّ هُوَ يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حَقِّهِ عَلَى حَقِّ أَبِيهِ لَا عَلَى نَفْسِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَالْوَلَدُ أَحَقُّ مِنَ الْوَالِدِ فِيمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ .

٢٦٢٥ - مسألة : (فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ؛ بَيْعٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ) فِيهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، قَالَ : لَا يَجُوزُ عِتْقُ الْأَبِ لِعَبْدِ ابْنِهِ مَا لَمْ يَقْبِضْهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَا يَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ مِنْ دَيْنِهِ ،

أَنَّ لِلْمَالِكِ الْأَوَّلِ الرُّجُوعَ عَلَى الْأَبِ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لِلأَبِ تَمْلِكُهُ كُلَّهُ ، بِظَاهِرِ الْإِنْصَافِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » .

قَوْلُهُ : وَإِنْ تَصَرَّفَ قَبْلَ تَمْلِكِهِ بَيْعٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ، عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » : هَذَا الْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ . وَخَرَجَ

ولا هِبْتُهُ لِمَالِهِ ، ولا يَبِيعُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الابْنِ تَأْمٌ عَلَى مَالِ نَفْسِهِ ، يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أُنَى مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » قَالَ : إِذَا وَهَبَ الْابْنُ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا فَلَيْسَ لِأَبِيهِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلوَلَدِ عَقَارٌ يَكْفِيهِ وَيَكْفِي أَبَاهُ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ ، وَلَا مَالَ لِأَبِيهِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ : إِنْ إِعْتَرَضَ عَلَيْهِ الْوَالِدُ رَأَيْتُ أَنْ يَرُدَّهُ الْحَاكِمُ عَلَى الْأَبِ وَلَا يَبْقَى فَقِيرًا لَا حِيلَةَ لَهُ . وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ جَوَارِيهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَلِكُ مُشْتَرَكًا لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْوَطْءُ كَمَا لَا يَحِلُّ وَطْءُ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَإِنَّمَا لِلْأَبِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ ، كَالْعَيْنِ الَّتِي وَهَبَهَا لِأَيَّاهُ ، فَقَبْلَ انْتِزَاعِهَا لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ بغيرِ وِلَايَةٍ . وَإِنْ كَانَ الْابْنُ صَغِيرًا ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَا لَا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فِيهِ ، وَلَيْسَ مِنَ الْحَظِّ إِسْقَاطُ دِينِهِ وَعِتْقُ عَبْدِهِ وَهَبَةُ مَالِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : بَيْنَ الرَّجُلِ وَبَيْنَ وَلَدِهِ رَبًّا . لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّ مِلْكَ الْابْنِ عَلَى مَالِهِ تَأْمٌ .

الإنصاف أبو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ رَوَايَةُ بِصَحَّةٍ تَصَرُّفُهُ بِالْعِتْقِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » : يَبِيعُ الْأَبُ عَلَى ابْنِهِ ، وَعَتَّقَهُ ، وَصَدَّقَتْهُ ، وَوَطْءُ إِمَائِهِ ، مَا لَمْ يَكُنِ الْابْنُ قَدِ وُطِئَ ، جَائِزٌ ، وَيَجُوزُ لَهُ يَبِيعُ عَبِيدَهُ وَإِمَائِهِ ، وَعَتَّقَهُمْ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَفْدَحُ فِي أَهْلِيَّتِهِ ؛ لِأَجْلِ الْأَذَى ، لِأَسِيْمًا بِالْحَبْسِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْمُوَجِزِ » : لَا يَمْلِكُ إِحْضَارَهُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ ^(١) ، فَادْعَى ، فَأَقَرَّ ، أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ ، لَمْ يُحْبَسْ .

(١) فِي ط : « حَضَرَ » .

وَأَنَّ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَأَخْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ^{المقنع} لَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ، وَلَا مَهْرَ وَلَا حَدَّ . وَفِي التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ .

٢٦٢٦ - مسألة : (وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَأَخْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ لَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ، وَلَا حَدَّ) عليه (وَلَا مَهْرَ . وَفِي التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ) قال أحمد : لَا يَطَأُ جَارِيَةَ الابْنِ إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهَا . يَعْنِي يَتَمَلَّكُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ وَطِئَهَا وَلَيْسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكًا يَمِينٍ ، فَإِنْ تَمَلَّكَهَا ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْؤُهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ ، فَوَجَبَ الْاسْتِبْرَاءُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا . فَإِنْ كَانَ الابْنُ قَدْ وَطِئَهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ بِحَالٍ . فَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، وَلَمْ يَكُنْ الابْنُ وَطِئَهَا ، كَانَ مُحَرَّمًا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، [٢٥٣/٥] أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا . وَإِنْ كَانَ الابْنُ وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ بَوَاجِهُ ثَالِثٍ ، وَهُوَ أَنَّهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ ابْنِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ لَشُبْهِهِ الْمَلِكِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ

فائدة : يَحْصُلُ تَمَلُّكُهُ بِالْقَبْضِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، مَعَ الْقَوْلِ أَوْ النِّيَّةِ . قَالَ فِي الْإِنْصَافِ « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ ، أَوْ قَرِينَةٌ . وَقَالَ فِي « الْمُبْهَجِ » : فِي تَصَرُّفِهِ فِي غَيْرِ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ ، رَوَاتَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى حُصُولِ مِلْكِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

قوله : وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ ، فَأَخْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ . إِنْ كَانَ الابْنُ لَمْ يَكُنْ وَطِئَهَا ، صَارَتْ [٢٦٠/٢] أُمُّ وَلَدٍ لِأَبِيهِ ، إِذَا أَخْبَلَهَا ، بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ كَانَ الابْنُ يَطْوَها ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، أَنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ أَيْضًا ، إِذَا أَخْبَلَهَا . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَرَجَّحَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » . وَهُوَ كَالصَّرِيحِ فِيمَا قَطَعَ بِهِ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ،

أضاف مال الولد إلى أبيه ، فقال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . وإن وَلَدَتْ منه ، صارت أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْئِ سَقَطٍ فِيهِ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ ، وَلَيْسَ لِلابْنِ مُطَابَلَتُهُ بِشَيْءٍ مِنْ قِيَمَتِهَا وَلَا قِيَمَةِ وَلَدِهَا وَلَا مَهْرٍ ، وَيَجِبُ تَغْزِيرُهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، أَشْبَهَ وَطْءَ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَلَا يُعْزَرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ التَّغْزِيرَ هَهُنَا حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ لِلْوَلَدِ .

الشرح الكبير

و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقُطِعَ بِهِ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَبِ ، إِذَا كَانَ الْابْنُ يَطُوهَا . نَصُّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ كَانَ ابْنُهُ يَطُوهَا ، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ فِي الْمَنْصُوصِ .

الإنصاف

تنبيه : هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْابْنُ قَدِ اسْتَوْلَدَهَا ، فَإِنْ كَانَ الْابْنُ قَدِ اسْتَوْلَدَهَا ، لَمْ يَنْتَقِلِ الْمِلْكُ فِيهَا بِاسْتِيلَادِهِ ، كَمَا « لَا يَنْتَقِلُ » بِالْعُقُودِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « فُتُونِهِ » ، أَنَّهَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهَا جَمِيعًا ، كَمَا لَوْ وَطِئَ الشَّرِيكَانِ أُمْتَهُمَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَأَنْتَ بَوْلَدٍ ، وَالْحَقُّنَةُ الْقَافَةُ بِهِمَا . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْخَمْسِينَ » .

قوله : وَوَلَدُهُ حُرٌّ لَا تَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، تَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ .

الشرح الكبير

فصل : وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه ، للأحاديث التي ذكرناها ؛ لأن الخبر ورد في الأب بقوله^(١) عليه السلام : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . ولا يصح قياس غيره عليه ؛ لأن للأب ولاية على ولده وماله إذا كان صغيراً ، وله شفقة تامة وحق متأكّد ، ولا يسقط ميراثه بحال . والأم لا تأخذ ؛ لأنها لا ولاية لها ، والجدة أيضاً لا تلي على مال ولد ابنه ، وشفقته قاصرة عن شفقة الأب ، ويحبّ به في الميراث ، وفي ولاية النكاح . وغيرهما من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التّبييه ؛ لأنه إذا امتنع الأخذ في حق الأم والجدة مع مُشارَكتهما للأب في بعض المعاني ، فغيرهما ممن لا يُشارك في ذلك أولى . ويَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لِلْأُمِّ ؛ لدُخُولِ وَلَدِهَا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولَادُكُمْ ﴾ .

قوله : ولا مهر . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، يلزمه المهر . الإِنصاف .
تبييه : ظاهر كلام المصنّف ، أن الأب لا يلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها . قال في « الفروع » : وقد ذكر جماعة هنا ، لا يثبت للولد في ذمة أبيه شيء ، قال في « المُحرّر » وغيره : وهو ظاهر كلامه ، وهذا منه . والصحيح من المذهب ، أنه تلزمه قيمتها . قدّمه في « المُحرّر » ، و « الفروع » .
قوله : ولا حد . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، يُحدّ . قال جماعة : ما لم ينو تملكها . منهم ابن حَمْدَانَ ، في باب حد الزّنا .
تبييه : محلّ هذا ، إذا كان الابن لم يطأها ، فأما إن كان الابن يطؤها ، ففي

(١) في م : « بلبيل قوله » .

المقنع
وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ ، وَلَا قِيَمَةَ مُتْلَفٍ ، وَلَا أَرْضَ
جِنَايَةٍ ، وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ .

الشرح الكبير : ٢٦٢٧ - مسألة : (وليس للإبن مطالبة أبيه بدَيْنٍ ، ولا قِيَمَةَ
مُتْلَفٍ ، ولا أَرْضَ جِنَايَةٍ ، ولا غير ذلك) وبه قال الزُّيَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ .
وَمُقْتَضَى قَوْلِ سُفْيَانَ بْنِ عُيَيْنَةَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ :

الإصناف
وُجُوبُ الْحَدِّ عَلَيْهِ رَوَاتَانِ مَنْصُوصَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،
و « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : ظَاهِرُ مَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَفِي بَابِ حَدِّ الزَّنا ، وَفِي
« الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ ، أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ كَانَ الْوَلَدُ يَطْلُوهَا ، أَوْ
لَا . وَقَطَعَ بِالْإِطْلَاقِ هُنَاكَ الْجُمْهُورُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ هُنَا : وَلَا فَرْقَ فِي انْتِفَاءِ الْحَدِّ
بَيْنَ كَوْنِ الْإِبْنِ وَطَيْئَهَا ، أَوْ لَا . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ
« التَّلْخِصِ » . انْتَهَى . قُلْتُ : وَالْأَوَّلَى وَجُوبُ الْحَدِّ .

قوله : وَفِي التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيِ
الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْزَرُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الشَّارِحُ :
هَذَا أَوَّلَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُعْزَرُ فِي الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ،
وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » ، فِي بَابِ حَدِّ الزَّنا .
وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُعْزَرُ . وَقِيلَ : يُعْزَرُ ، وَإِنْ لَمْ تَحْبَلْ .

قوله : وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ ، وَلَا قِيَمَةَ مُتْلَفٍ ، وَلَا أَرْضَ جِنَايَةٍ ،
وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَهُوَ مِنْ
مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُطَالَبَ بِمَا لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ؛

له ذلك ؛ لأنه ذنِبٌ ثَابِتٌ ، فَجَازَتْ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ، كَغَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِأَبِيهِ يَقْتَضِيهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(١) . وَرَوَى الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ فِي « الْمُؤَفَّقِيَّاتِ » ^(٢) أَنَّ رَجُلًا اسْتَفْرَضَ مِنْ ابْنِهِ ^(٣) مَالًا فَحَبَسَهُ فَأُطَالَ حَبْسُهُ ، فَاسْتَعْدَى [٢٥٣/٥ ظ] عَلَيْهِ الْإِبْنُ عَلَى بَنَى طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَذَكَرَ قِصَّتَهُ فِي شِعْرِ ، فَأَجَابَهُ أَبُوهُ بِشِعْرٍ أَيْضًا ، فَقَالَ عَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :

قَدْ سَمِعَ الْقَاضِي وَمِنْ رَبِّي الْفَهْمُ
الْمَالُ لِلشَّيْخِ جَزَاءً بِالنَّعْمِ
يَأْكُلُهُ بِرَغْمٍ أَنْفَرِ مَنْ رَغْمٍ
مَنْ قَالَ قَوْلًا غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمَ
وَجَارَ فِي الْحُكْمِ وَبِئْسَ مَا جَرَمَ

مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، وَغَنَى وَالِدِهِ عَنْهُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » : وَلَا يُطَالَبُ أَبَاهُ بِمَا ثَبَتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ فِي الْأَصَحِّ ؛ بِقَرْضٍ ، وَإِزْثٍ ، وَبَيْعٍ ، وَجِنَايَةٍ ، وَإِتْلَافٍ .
تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ ذَلِكَ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَكِنْ يُنْتَعَمُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِهِ . وَهُوَ أَحَدُ الرَّجْهَيْنِ ، وَالْمَذْهَبُ مِنْهُمَا . قَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ

(١) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ حَيَانَ : الْإِحْسَانَ ١٤٢/٢ ، ٧٤/١٠ ، ٧٥ .

(٢) الْمُؤَفَّقِيَّاتِ ١١١ ، ١١٢ .

(٣) فِي ر ٢ ، م : « أَبِيهِ » .

قال الزبير : إلى هذا نذهب . ولأن المال أحد نوعي الحقوق ، فلم يملك مطالبة أبيه به ، كحقوق الأبدان . ويفارق الأب غيره بما يثبت له من الحق على ولده . فإن مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته ، لم يملكوا مطالبة الأب ؛ لأن موروثة لم يكن له المطالبة ، فهم أولى . فإن مات الأب ، فقيل : يرجع الابن في تركته بدنيته ؛ لأن دينه عليه لم يسقط عن الأب ، وإنما تأخرت المطالبة . وعن أحمد ، إذا مات الأب بطل دين الابن . وقال ، في من أخذ من مهر ابنته شيئاً فانفقته : ليس عليه شيء ، ولا يؤخذ من بعده ، وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذه . وتأول بعض^(١) أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سبيل التمليك ؛ لأن أخذه له وإنفاقه دليل على قصد التمليك ، فثبت الملك له بذلك الأخذ . والله أعلم .

في « المحرر » ، و « الرعاية » ، و « الحاوي » . قال الحارثي : ومن الأصحاب من يقول بثبوت الدين ، وانتفاء المطالبة ؛ منهم القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف . انتهى . واختاره المعجذ في « شرحه » . وقدم في « الفروع » ، إذا ولد أمة ابنه ، أنه تثبت قيمتها في ذمته . ذكره في باب أمهات الأولاد . والوجه الثاني ، لا يثبت في ذمة الأب شيء لولده . قال الحارثي : وهو الأصح . وبه جزم أبو بكر ، وابن البناء ، وهو من المفردات . وهو المنصوص عن أحمد . وتأول بعض الأصحاب النص . قال المصنف : ويحتمل أن يحمل

(١) سقط من : م .

المنصوص عن أحمد ؛ وهو قوله : إذا مات الأب ، بطل دين الابن . وقوله ، في
 من أخذ من مهر ابنته شيئاً فانفقته : ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده . على أن
 أخذه له ، وإنفاقه إياه ، دليل على قصد التملك . انتهى . قال الحارثي : محل هذا
 في غير المتلف ، أما المتلف ، فإنه لا يثبت في ذمته . وهو المذهب بلا إشكال .
 ولم يحك القاضي ، في « رُعوس مسائله » ، فيه خلافاً . انتهى . وأطلقهما في
 « الشرح » ، و « الرعاية الكبرى » ، و « الفائق » ، و « الفروع » . فعلى
 الوجه الأول ، هل يملك الأب إبراء نفسه من الدين ؟ قال القاضي : فيه نظر .
 قال الشيخ تقي الدين : يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه . قال في
 « الفروع » : وذكر غير القاضي ، أنه لا يملكه ، كإبرائه غريم الابن وقبضه
 منه . انتهى . ويأتي قريباً ، في « القاعدة الثالثة » ، هل يسقط الدين بموت الأب ؟
 وظاهر كلام المصنف أيضاً ، أنه لو وجد عين ماله الذي باعه أو أقرضه بعد موت
 أبيه ، أن له أخذه ، إن لم يكن انتقد ثمنه . وهو إحدى الروايتين . وقدم في
 « المعنى » ، كما تقدم ، أن الأب إذا مات ، يرجع الابن في تركته بدينه ؛ لأنه لم
 يسقط عن الأب ، وإنما تأخرت المطالبة به . [٢٦١/٢] انتهى . قلت : هذا في
 الدين ، ففي العين بطريق أولى . « والرواية الثانية » ، ليس له أخذه . وأطلقهما
 في « المبهم » ، و « الرعاية الكبرى » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ،
 و « شرح الحارثي » . قال في « المبهم » ، و « الحارثي » : وكذا لو وجد
 بعضه .

فوائد؛ الأولى، ليس لورثة الابن مطالبة أبيه باللابن عليه من الدين وغيره، كالابن نفسه، على الصحيح من المذهب. جزم به في «المعنى»، و«الشرح»، و«الحارثي». وقدمه في «الفروع» وغيره. وقيل: لهم المطالبة، وإن منعنا الابن منها. وأطلقهما في «الفائق». وقال في «الانصاف»، في من قتل ابنه: إن قلنا: الدية للوارث. طالبه، ولأفلا. الثانية، لو أقر الأب بقبض دين ابنه، فأنكر الابن، رجع على الغريم، ويزجع الغريم على الأب. نقله مهنا. قال في «الفروع»: وظاهره، لا يزجع مع إقراره. الثالثة، لو قضى الأب الدين^(١) الذي عليه لابنه في مرضه، أو أوصى له بقضائه، كان من رأس المال، قاله الأصحاب. وإن لم يقضه ولم يوص به، لم يسقط بموته، على أحد الوجهين. اختاره بعضهم. وقدمه في «الفروع»، و«المعنى». والمنصوص عن أحمد، أنه يسقط، كحبسه به في الأجرة، فلا يثبت كجناية. قدمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم. وجزم به ابن عبدوس في «تذكيره». وأطلقهما في «الشرح». وقيل: ما أخذه ليملكه، يسقط بموته، وما لا فلا. وتقدم، إذا وجد عين ماله الذي باعه بعد موت الأب. وتقدم، هل يثبت له في ذمة أبيه دين، أم لا؟ الرابعة، للابن مطالبة أبيه بنفقته الواجبة عليه. قاله الأصحاب، قال في «الوجيز»: له مطالبة بها، وحبسه عليها. وهو مستثنى من عموم كلام من أطلق. ويعانى بها. قال في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم: للابن مطالبة أبيه بعينه له في يده. قلت: وهو ظاهر كلام المصنف. الخامسة،

(١ - ١) سقط من: ط.

٢٦٢٨ - مسألة : (والهدية والصَّدَقَةُ نَوْعَانِ مِنَ الْهَبَةِ) ^(١) الهبة ^(٢) والعطية تشمَلُ الكل ، وكذلك النحلة ، ومعانيها كلها متقاربة ، إلا أنه في الغالب من أعطى شيئاً ينوي به التقرب إلى الله تعالى للمحتاجين ، سُمي صدقة ، وإن دَفَعَ إلى غير محتاج للتقرب والمحبة فهي هبة . ومن بعث على هذا الوجه ^(٣) إلى إنسان مع غيره سُمي هدية . وكل ذلك مُستحب مندوب إليه . وأحكام ذلك أحكام الهبة ، ويُشترط لها ما يُشترط من الشروط على ما سبق .

هل ^(٤) «لَوْلَدَ وَلَدَهُ» مُطَالَبَةٌ بما له في ذِمَّتِهِ ؟ قال في «الرَّعَايَةِ» : قلت : يَحْتَمِلُ الإِنْصَافَ وَجْهَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ شَيْءٌ . فَهَذَرٌ . انْتَهَى . قلت : ظاهرُ كلام أكثر الأصحاب ، أن له مُطَالَبَتَهُ .

قوله : والهدية والصَّدَقَةُ نَوْعَانِ مِنَ الْهَبَةِ . يعنى ، في الأحكام . وهذا المذهب . جَزَمَ به في «المُعْنَى» ، و «الشَّرْح» ، و «شرح ابن مَنَاجِي» ، و «الهداية» ، و «المذهب» ، و «الخلاصة» ، وغيرهم . وقدمه في «الفروع» . قال في «الفائق» : والهدية والصَّدَقَةُ نَوْعَانِ مِنَ الْهَبَةِ ، يَكْفِي الْفِعْلُ فِيهِمَا إِيْجَابًا وَقَبُولًا ، عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وقال في «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» : هُمَا نَوْعَاهُمَا . وقيل : يَكْفِي الْفِعْلُ قَبُولًا . وقيل : وإِيْجَابًا . وقال في «الكُبْرَى» : وَيَكْفِي الْفِعْلُ فِيهِمَا قَبُولًا ، فِي الْأَصَحِّ ، كَالْقَبْضِ . وقيل : وإِيْجَابًا ، كَالدَّفْعِ . وقالوا : وَيَصِحُّ قَبْضُهُمَا

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) في الأصل : «لَوْلَدَهُ» .

بلا إذني، ولا مضى مدّة إمكانه، ولا يرجع فيهما أحد. وقيل: إلا الأب. وقيل: بل يرجع في الصدقة فقط على ولده الرشيد، إن كان قبضها، وعلى الصغير فيما له بيده منها. انتهى. ونقل حنبل، والمروزي، لا رجوع في الصدقة. وقال في «المستوعب»، و«عيون المسائل»، وغيرهما: لا يعتبر في الهدية قبول للعرف، بخلاف الهبة. وقال ابن عبدوس في «تذكيره»: لا رجوع فيهما لأحد، سوى أب.

فوائد: إحداهما، وعاء الهدية مع العرف، فإن لم يكن عرف، رده. قاله في «الفروع». قال الحارثي: لا يدخل الوعاء إلا ما جرت العادة به، كقوصرة^(١) التمر، ونحوها. الثانية، قال في «الرعاية الكبرى»: إن قصد بفعله ثواب الآخرة فقط، فهو صدقة. وقيل: مع حاجة المتهب. وإن قصد بفعله إكرامًا وتوددًا وتحببًا ومكافأة، فهو هدية. قال الحارثي: ومن هنا اختصت بالمنقولات؛ لأنها تحمل إليه، فلا يقال: أهدى أرضًا، ولا دارًا. انتهى. وغيرهما هبة وعطية ونحلة. وقيل: الكل عطية، والكل مندوب. انتهى. وقال في «الحاوي الصغير»: الهبة، والصدقة، والنحلة، والهدية، والعطية، معانيها متقاربة، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة. والصدقة والهدية متغايران؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من الهدية دون الصدقة^(٢). فالظاهر أن من أعطى شيئًا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج، فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئًا للتقرب إليه والمحبة له، فهو هدية. وجميع ذلك مندوب إليه،

(١) القوصرة: وعاء للتمر.

(٢) تقدم تخريجه في ٢٩٧/٧.

فَصْلٌ فِي عَطِيَّةِ الْمَرِيضِ : أَمَّا الْمَرِيضُ غَيْرَ مَرَضِ الْمَوْتِ ، ^{المقنع} ،
أَوْ مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ كَالرَّمْدِ ، وَوَجَعَ الضَّرْسِ ، وَالصُّدَاعِ ،
وَنَحْوِهِ ، فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا الصَّحِيحِ سَوَاءً ، تَصِحُّ فِي جَمِيعِ مَالِهِ .

فَصْلٌ فِي عَطِيَّةِ الْمَرِيضِ : قَالَ الشَّيْخُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (أَمَّا الْمَرِيضُ ^{الشرح الكبير}
غَيْرَ مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَوْ مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ ؛ كَالرَّمْدِ ، وَوَجَعَ الضَّرْسِ ،
وَالصُّدَاعِ ، وَنَحْوِهِ ، فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا الصَّحِيحِ سَوَاءً ، تَصِحُّ مِنْ جَمِيعِ
مَالِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ عَطَايَا الْمَرِيضِ إِذَا بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ كَانَ مَرَضًا
غَيْرَ مَخُوفٍ كَالَّذِي ذَكَرَهُ ، وَكَذَلِكَ مَا فِي مَعْنَاهُ ؛ كَالْجَرَبِ ، وَالْحُمَّى
الْيَسِيرَةِ سَاعَةً أَوْ نَحْوَهَا ، وَالْإِسْهَالَ الْيَسِيرَ مِنْ غَيْرِ دَمٍ ، فَعَطَايَاهُ مِثْلُ عَطَايَا
الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ مِنْهُ فِي الْعَادَةِ .

^{الإنصاف} مَحْثُوثٌ عَلَيْهِ . انْتَهَى . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ أُعْطِيَ شَيْئًا ، مِنْ غَيْرِ سُؤَالٍ ، وَلَا إِشْرَافٍ ،
وَكَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَخْذُ . فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . اخْتَارَهُ أَبُو
بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِب » ؛ لِلْحَدِيثِ فِي ذَلِكَ ^(١) . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ،
لَا يَجِبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ .
قَالُوا فِي الْحَجِّ : لَا يَكُونُ مُسْتَطِيعًا بِيَذُلِّ غَيْرِهِ لَهُ . وَفِي الصَّلَاةِ : لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ
السُّتْرَةِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَذَكَرَ الرَّوَايَتَيْنِ الْخِلَافُ فِي « جَامِعِهِ » ، وَالْمَجْدُ
فِي « شَرْحِهِ » . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ .

قوله : أَمَّا الْمَرِيضُ غَيْرَ مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَوْ مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ ، فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا

(١) تقدم تخريجه في ٢٢٧/٧ .

وَأِنْ كَانَ مَرَضَ الْمَوْتِ الْمَخُوفَ ؛ كَالْبِرْسَامِ ، وَذَاتِ الْجَنْبِ ،
وَالرُّعَافِ الدَّائِمِ ، [١٥٨ د] وَالْقِيَامِ الْمُتَدَارِكِ ، وَالْفَالِجِ فِي

الشرح الكبير

٢٦٢٩ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ مَرَضَ الْمَوْتِ الْمَخُوفَ ،
كَالْبِرْسَامِ) وَهُوَ بُخَارٌ يَرْتَقِي إِلَى الرَّأْسِ ، وَيُؤَثِّرُ فِي الدِّمَاغِ ، فَيَخْتَلُّ عَقْلُ
صَاحِبِهِ (وَذَاتِ الْجَنْبِ) وَهُوَ قَرْحٌ بِبَاطِنِ الْجَنْبِ ، وَوَجَعُ الْقَلْبِ
وَالرُّئْتِ ، [٢٥٤/٥ د] فَإِنَّهَا لَا تَسْكُنُ حَرَكَتُهَا ، فَلَا يَنْدَمِلُ جُرْحُهَا
(وَالرُّعَافِ الدَّائِمِ) فَإِنَّهُ يُصَفَّى الدَّمُ فَيَذْهَبُ الْقُوَّةُ ، وَالْقَوْلَجُ ، وَهُوَ
أَنْ يَنْعَقِدَ الطَّعَامُ فِي بَعْضِ الْأَمْعَاءِ^(١) وَلَا يَنْزِلُ عَنْهُ ، فَهَذِهِ مَخُوفَةٌ وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ مَعَهَا حُمَّى ، وَهِيَ مَعَ الْحُمَّى أَشَدُّ خَوْفًا . وَإِنْ ثَاوَرَهُ^(٢) الدَّمُ
واجْتَمَعَ فِي عَضْوٍ ، كَانَ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَرَارَةِ الْمُفْرِطَةِ . وَإِنْ هَاجَتْ
بِهِ الصُّفْرَاءُ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُورِثُ يُّوسَةً ، وَكَذَلِكَ الْبَلْغَمُ إِذَا هَاجَ ؛
لِأَنَّهُ مِنَ شِدَّةِ الْبُرُودَةِ ، وَقَدْ تَغَلَّبَ عَلَى الْحَرَارَةِ الْغَرِيزِيَّةِ فَتَطْفَأَتْهَا .
وَالطَّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ شِدَّةِ الْحَرَارَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَكُونُ فِي جَمِيعِ

الإنصاف

الصَّحِيحِ سَوَاءً ، تَصَيَّحُ فِي جَمِيعِ مَالِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَلَوْ
مَاتَ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْأَنْتِصَارِ » ، فِي التَّيْمُمِ : حُكْمُهُ حُكْمُ مَرَضِ
الْمَوْتِ الْمَخُوفِ .

فائدة : لو لم يكن مرضه مخوفاً حال التبرُّع ، ثم صار مخوفاً ، فمن رأس
المال . حكاه [٢٦١/٢ ط] السَّامَرِيُّ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ؛ اِغْتِبَارًا بِحَالِ الْعَطِيَّةِ .

(١) فِي النسخ : « الْأَعْضَاءُ » ، وَالثَّبْتُ كَمَا فِي الْمَغْنَى ٤٩٠/٨ .

(٢) فِي م : « ثَار » .

اِبْتِدَائِهِ ، وَالسُّلُّ فِي انْتِهَائِهِ ، وَمَا قَالَ عَدْلَانِ مِنْ أَهْلِ الطَّبِّ : إِنَّهُ
مَخُوفٌ ،

الشرح الكبير
الْبَدَنِ . وَأَمَّا الْإِسْهَالُ ، فَإِنْ كَانَ مُتَحَرِّكًا لَا يُمَكِّنُهُ إِمْسَاكُهُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ
وإِنْ كَانَ سَاعَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ لَحِقَهُ ذَلِكَ أَسْرَعَ فِي هَلَاكِهِ . وَإِنْ كَانَ يَجْرِي
تَارَةً وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى ، فَإِنْ كَانَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
قَدْ يَكُونُ مِنْ فَضْلَةِ الطَّعَامِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ زَحِيرٍ^(١) أَوْ تَقْطِيعٍ ، كَأَنَّهُ
يَخْرُجُ مُتَقَطِّعًا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ . وَإِنْ دَامَ الْإِسْهَالُ
فَهُوَ مَخُوفٌ ، سَوَاءً كَانَ مَعَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَكُنْ (وَ) كَذَلِكَ (الْفَالِجُ^(٢))
فِي اِبْتِدَائِهِ ؛ وَالسُّلُّ فِي انْتِهَائِهِ (وَالْحُمَّى الْمُطَبَّقَةُ . وَمَا أَشْكَلَ مِنْ ذَلِكَ
رُجِعَ فِيهِ إِلَى قَوْلِ عَدْلَيْنِ مِنَ الْأَطْبَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْخَبَرَةِ بِذَلِكَ . وَلَا يُقْبَلُ
قَوْلُ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْوَارِثِ وَالْمُعْطَى . وَقِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ^(٣) ،

الإنصاف
تَنْبِيهِ : مَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَمَا قَالَ عَدْلَانِ مِنْ أَهْلِ الطَّبِّ : إِنَّهُ مَخُوفٌ . فَعَطَايَاهُ
كَالْوَصِيَّةِ . أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي ذَلِكَ عَدْلٌ وَاحِدٌ مُطْلَقًا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » ، وَ « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُقْبَلُ
وَاحِدٌ عِنْدَ الْعَدَمِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ^(٣) . وَذَكَرَ ابْنُ رَزِينٍ ، الْمَخُوفُ
عُرْفًا ، أَوْ يَقُولُ عَدْلَيْنِ .

(١) الزحير : تبرز متقطع معظمه دم وخطا ويصعبه ألم وتنع .

(٢) الفالج : شلل يصيب أحد شقي الجسم طولا .

(٣) سقط من : الاصل .

فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ فِي أَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ ، وَلَا تَجُوزُ لِأَجْنَبِيٍّ

أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُ وَاحِدٍ عَدْلٍ ، إِذَا لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى طَبِيبَيْنِ . فَهَذَا الضَّرْبُ وَمَا أَشْبَهَهُ ، عَطَايَاهُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَوْصَى حِينَ جُرِحَ فَسَقَاهُ الطَّبِيبُ لَبَنًا فَخَرَجَ مِنْ جُرْحِهِ ، فَقَالَ لَهُ الطَّبِيبُ : اعْهَدْ إِلَى النَّاسِ . فَعَهْدَ إِلَيْهِمْ وَوَصَّى ^(١) . فَاتَّفَقَ الصَّحَابَةُ عَلَى قَبُولِ عَهْدِهِ وَوَصِيَّتِهِ . وَكَذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَهْدَ إِلَى عُمَرَ حِينَ اشْتَدَّ مَرَضُهُ ، فَتَقَدَّ عَهْدُهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمَرِيضُ يَتَحَقَّقُ تَعَجِيلُ مَوْتِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَقْلُهُ قَدْ اخْتَلَّ ، مِثْلَ مَنْ ذُبِجَ ، أَوْ أُبَيِّنَتْ حَشَوَتُهُ ، فَلَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ وَلَا لِعَطِيَّتِهِ . وَإِنْ كَانَ ثَابِتَ الْعَقْلِ ، كَمَنْ خَرِقَتْ حَشَوَتُهُ ، أَوْ اشْتَدَّ مَرَضُهُ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ عَقْلُهُ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ وَعَطِيَّتُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَكَذَلِكَ عَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بَعْدَ ضَرْبِ ابْنِ مُلْجَمٍ ، وَصَّى وَأَمَرَ وَنَهَى ^(٢) . وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي صِحَّةِ ذَلِكَ .

٢٦٣ - مسألة : (فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ فِي أَنَّهَا لَا تَصِحُّ لِوَارِثٍ ، وَلَا

قوله : فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ فِي أَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ ، وَلَا تَجُوزُ لِأَجْنَبِيٍّ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ، إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ؛ مِثْلَ الْهَبَةِ وَالْعَتَقِ وَالْكِتَابَةِ وَالْمُحَابَاةِ . يَعْْنَى ، إِذَا مَاتَ مِنْ ذَلِكَ . أَمَّا إِذَا عُوْفِيَ ، فَهَذِهِ الْعَطَايَا كَعَطَايَا الصَّحِيحِ .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب ما جاء في قبر النبي ﷺ وأبى بكر وعمر ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب قصة البيعة والانفاق على عثمان ، من كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ . صحيح البخاري ١٢٨/٢ ، ١٢٩ ، ٢٠/٥ ، ٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢/١ .

(٢) أخرجه الطبراني في : المعجم الكبير ٥٩/١ ، ٦٠ .

بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، مِثْلَ الْهَبَةِ وَالْعَتَقِ وَالْكِتَابَةِ ^{المنع} وَالْمُحَابَاةِ .

لأَجْنَبِيٍّ بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ؛ كَالْهَبَةِ ، وَالْعَتَقِ ، ^{الشرح الكبير} [٢٥٤/٥ ط] وَالْكِتَابَةِ ، وَالْمُحَابَاةِ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجَزَةَ ؛ كَالْعَتَقِ ، وَالْمُحَابَاةِ ، وَالْهَبَةِ الْمَقْبُوضَةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالْإِبْرَاءِ مِنَ الدَّيْنِ ، وَالْعَفْوِ عَنِ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، وَالْكِتَابَةِ ، إِذَا كَانَتْ فِي الصُّحَّةِ ، فَهِيَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ ، فَهِيَ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَحُكِيَ عَنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ فِي الْهَبَةِ الْمَقْبُوضَةِ ، أَنَّهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(١) . وَهَذَا يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ . وَرَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِدٍ ^(٢) لَهُ فِي مَرَضِهِ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَاسْتَدْعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَجَزَأَهُمْ ثَلَاثَةَ

قَسِيهِ : تَمَثِيلُهُ بِالْعَتَقِ مَعَ غَيْرِهِ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَغَيْرِهِ فِي أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ . وَهُوَ ^{الإنصاف} صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْحَلْوَانِيُّ ، مِنْ مَقْلِسٍ ، رِوَايَةً هُنَا بِنَفَاذِ عَتَقِهِ مِنْ كُلِّ الْمَالِ .

(١) فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٩٠٤/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩١/٢ .

(٢) بَعْدَهُ فِي ر ٢ : « مَمْلُوكِينَ » .

الشرح الكبير
أجزاء وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة . رواه مسلم^(١) . وإذا لم
يُنْفَذِ الْعِتْقُ مَعَ سِرَائِهِ ، فغَيْرُهُ أَوْلَى . ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت ،
فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث ، كالوصية .

فصل : وحكم العطايا في مرض الموت حكم الوصية في خمسة
أشياء ؛ أحدها ، أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث ، أو^(٢) إجازة
الورثة . الثاني ، أنها لا تصح للوارث إلا بإجازة الورثة . الثالث ، أن
فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ؛ لأن النبي ﷺ سئل عن

الإيناف
فائدتان ؛ إحداهما ، لو علق صحيح عتق عبده على شرط ، فوجد الشرط في
مرضه ، فالصحيح من المذهب ، أنه يكون من الثلث . قدمه في « الفروع »
وغيره . واختاره أبو بكر ، وابن أبي موسى ، وغيرهما . وقيل : يكون من كل
المال . وحكماهما القاضي في « خلافه » روايتين . ذكره في « القاعدة السابعة عشرة
بعد المائة » . ومحل الخلاف ، إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق ، فإن

(١) في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق عبدا له لم يبلغه الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود
٣٥٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يعتق مملوكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام .
عارضة الأحوذى ١٢١/٦ ، ١٢٢ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من يحيف في وصيته ، من كتاب الجنائز .
المجتبى ٥١/٤ ، ٥٢ . والإمام مالك ، في : باب من أعتق رقبا لا يملك مالا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ
٧٤٤/٢ مرسلا . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ ، ٤٤٠ - ٤٤٥ ،
٤٤٦ .

(٢) في م : ١٥٠ .

أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ ، قال : « أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تَأْمُلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ ، وَلَا تُنْهَلِ حَتَّى إِذَا بَلَغْتَ الْحُلُقُومَ قُلْتَ : لِفُلَانٍ كَذَا ، وَلِفُلَانٍ كَذَا ، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . الرَّابِعُ ، أَنَّ الْعَطَايَا تَنْزَاحِمُ فِي الثُّلُثِ إِذَا وَقَعَتْ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، كَتَرَاحِمِ الْوَصَايَا فِيهِ . الْخَامِسُ ، أَنَّ خُرُوجَهَا مِنَ الثُّلُثِ يُعْتَبَرُ حَالِ الْمَوْتِ لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ .

كَانَتْ مِنْ فِعْلِهِ ، فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ . الثَّانِيَةُ ، الْمُحَابَاةُ لِبَغِيرٍ وَارِثٍ مِنَ الثُّلُثِ . كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ . لَكِنْ لَوْ حَابَاهُ فِي الْكِتَابَةِ ، جَازَ ، وَكَانَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدَ جَمَاعَةٍ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، وَالْمَجْدُ ، وَهُوَ أَصَحُّ . انْتَهَى . وَقِيلَ : مِنَ الثُّلُثِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَالسَّامَرِيُّ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَاخْتَلَفَ فِيهَا كَلَامُ أَيْ الْخَطَّابِ . وَكَذَا حُكْمُ وَصِيَّتِهِ بِكِتَابَتِهِ ، وَإِطْلَاقُهَا يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ بِقِيَمَتِهِ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ أَى الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ الصَّدَقَةِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيَانِ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ صَدَقَةَ الصَّحِيحِ الشَّحِيحِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٧١٦/٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الْإِضْرَارِ فِي الْوَصِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١٠٢/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ أَى الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمَجْتَمِعُ ٥١/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ النُّهْيِ عَنِ الْإِمْسَاكِ فِي الْحَيَاةِ وَالتَّبَذِيرِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٩٠٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٣١/٢ ، ٢٥٠ ، ٤١٥ ، ٤٤٧ .

فَأَمَّا الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالسُّلِّ ، وَالْجُذَامِ ، وَالْفَالِجِ فِي دَوَامِهِ ، فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهَا صَاحِبَ فِرَاشٍ فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنْ عَطِيتُهُ مِنَ الثَّلْثِ .

٢٦٣١ - مسألة : (فَأَمَّا الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالْجُذَامِ) وَحُمَى الرَّبْعِ^(١) (وَالسُّلِّ) فِي أَيْتِدَائِهِ (وَالْفَالِجِ فِي دَوَامِهِ ، فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهَا صَاحِبَ فِرَاشٍ فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِلَّا فَلَا) قَالَ الْقَاضِي : إِذَا كَانَ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ ، فَعَطَايَاهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، هَذَا تَحْقِيقُ الْمَذْهَبِ . وَقَدْ رَوَى حَرْبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وَصِيَّةِ الْمَجْدُومِ وَالْمَفْلُوجِ : مِنَ الثَّلْثِ . وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ . [٥٠٥/٥] وَبِهِ يَقُولُ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّ عَطَايَا هَؤُلَاءِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ تَعْجِيلُ الْمَوْتِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَبْرَأُ مِنْهُ فَهُوَ كَالْهَرِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَرِيضٌ صَاحِبُ فِرَاشٍ يَخْشَى التَّلَفَ ، أَشْبَهَ صَاحِبَ الْحُمَى الدَّائِمَةِ ، وَأَمَّا الْهَرِمُ فَإِنْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، فَهُوَ كَمَسْأَلَتِنَا .

قوله : فَأَمَّا الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالسُّلِّ ، وَالْجُذَامِ ، وَالْفَالِجِ فِي دَوَامِهِ ، فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهَا صَاحِبَ فِرَاشٍ فَهِيَ مَخُوفَةٌ - بِلَا نِزَاعٍ - وَإِلَّا فَلَا . يَعْنِي ، وَإِنْ لَمْ يَصِرْ صَاحِبُهَا صَاحِبَ فِرَاشٍ ، فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا الصَّحِيحِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،

(١) حمى الربيع : هي التي تعرض للمريض يوما وتدعه يومين ثم تعود إليه في اليوم الرابع .

وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ التِّحَامِ الْحَرْبِ ، أَوْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ
عِنْدَ هَيْجَانِهِ ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونَ بَيْلَدِهِ ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنْهُ ،
وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ ، فَهُوَ كَالْمَرِيضِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ :
وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ . وَقِيلَ عَنْ أَحْمَدَ ، مَا يَدُلُّ
عَلَى أَنَّ عَطَايَا هَؤُلَاءِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ .

٢٦٣٢ - مسألة : (وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ التِّحَامِ الْحَرْبِ ،
أَوْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيْجَانِهِ ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونَ بَيْلَدِهِ ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ
مِنْهُ ، وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ ، فَهُوَ كَالْمَرِيضِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ
الْخَوْفَ يَحْصُلُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الْخَمْسَةِ الْمَذْكُورَةِ ، فَيَقُومُ مَقَامُ^(١)
الْمَرَضِ ؛ أَحَدُهَا ، إِذَا التَّحَمَّ الْحَرْبُ وَاخْتَلَطَتِ الطَّائِفَتَانِ لِلْقِتَالِ ، وَكَانَتْ
كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُكَافِئَةً لِلْأُخْرَى أَوْ مَقْهُورَةً . فَأَمَّا الْقَاهِرَةُ مِنْهُمَا بَعْدَ
ظُهُورِهَا فَلَيْسَتْ خَائِفَةً . وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَخْتَلِطُوا ، بَلْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ
مِنْهُمَا مُتَمَيِّزَةً ، سَوَاءٌ كَانَ بَيْنَهُمَا رَمْيُ السَّهَامِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، فَلَيْسَتْ حَالَةٌ

و « الشَّرْح » ، و « الْفُرُوع » ، و « الْفَاتِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ الزَّرْكَشِيُّ
وغيره . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « الشَّافِي » : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ؛ أَنَّ عَطِيَّتَهُ مِنَ الثَّلَاثِ . وَهُوَ
رَوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ .

قوله : وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ التِّحَامِ الْحَرْبِ ، أَوْ فِي لُجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيْجَانِهِ ،
أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونَ بَيْلَدِهِ ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنْهُ ، وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ ، فَهُوَ

(١) سقط من : الأصل .

خَوْفٍ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الطَّائِفَتَيْنِ مُتَّفَقَتَيْنِ فِي الدِّينِ أَوْ لَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَنَحْوُهُ عَنْ مَكْحُولٍ . وَعَنْ الشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِ الْجَمَاعَةِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ بِخَوْفٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَرِيضٍ ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ تَوَقُّعَ التَّلَفِ هَهُنَا كَتَوَقُّعِ الْمَرَضِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَوَجِبَ أَنْ يُلْحَقَ بِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَرَضَ إِنَّمَا يُجْعَلُ مَخَوْفًا لَخَوْفِ صَاحِبِهِ التَّلَفِ ، وَهَذَا كَذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا حَصَرَ الْقِتَالُ كَانَ عُنُقُهُ مِنَ التَّلَفِ . وَعَنْهُ ، إِذَا تَنَحَّمَ الْحَرْبُ فَوَصِيَّتُهُ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ ، لَكِنْ يَقِفُ الزَّائِدُ عَنِ التَّلَفِ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنَّ حُكْمَ وَصِيَّةِ الصَّحِيحِ وَخَائِفِ التَّلَفِ وَاحِدٌ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْعَلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً ، وَسَمِيَ الْعَطِيَّةَ وَصِيَّةً تَجُوزُ ؛ لَكُونِهَا فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فَهِيَ حَالَةٌ خَوْفٍ ، سَوَاءٌ أُرِيدَ قَتْلُهُ لِلْقِصَاصِ أَوْ لِغَيْرِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ مَخَوْفٌ .

كَالْمَرِيضِ . يَعْنِي الْمَرِيضَ الْمَرَضَ الْمَخَوْفَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ فِي الْجُمْلَةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عَطَايَا هَؤُلَاءِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ ، وَذَكَرَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ هَذِهِ الرِّوَايَةَ مِنْ غَيْرِ صِيغَةِ تَمَرِيضٍ . وَقَالَ الشَّارِحُ وَغَيْرُهُ : وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الطَّاعُونَ إِذَا وَقَعَ بَيْلَدُهُ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخَوْفٍ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَرِيضٍ ، وَإِنَّمَا يَخَافُ الْمَرَضَ . وَمَا هُوَ بَيْعِيدٌ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » :

(١) فِي م : « بِمَرَضٍ » .

والثاني ، إن جرح فهو مخوف ، وإلا فلا ؛ لأنه صحيح البدن ، والظاهر الغفوة عنه . ولنا ، أن التهديد بالقتل جعل إكراهاً يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ، ويبيح كثيراً من المحرمات ، ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام ، وإذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف ، فمع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحة البدن ، فإن المَرَضَ [٢٥٥/٥ ط] لم يكن مُثَبِّتاً لهذا الحكم لعينه ، بل لخوف إفضائه إلى التلف ، فيثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه ، لظهور التلف . الثالثة ، إذا ركب البحر ، فإن كان ساكناً ، فليس بمخوف ، وإن اضطرب وهبت الرياح العاصف ، فهو مخوف ، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف ، فقال تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾ الآية إلى قوله : ﴿ جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ ﴾ ^(١) . الرابعة ، الأسير ^(٢) والمحبوس ^(٣) إذا كان من عاديتهم القتل ، فهو خائف ، عطيته من الثلث ، وإلا فلا . وهذا قول أبي

إن كان الغالب من الولي الاقتصار ، فمخوف ، وإن كان الغالب منه ^(٣) الغفوة ، فإن كان مخوف .

تنبيه : قوله : ومن كان بين الصفتين عند التحام الحرب . قال المصنف ، والشارح ، وصاحب « الفائق » ، وغيرهم : إذا التحم الحرب ، واختلطت

(١) سورة يونس ٢٢ .

(٢ - ٣) في الأصل : « المحبوس » .

(٣) سقط من : ط .

حنيفة ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، وأحد قولي الشافعي . وقال الحسن
لَمَّا حَبَسَ الْحَجَّاجُ إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ : ليس له من ماله إلا الثلث . وقال
أبو بكر : عَطِيَّةُ الْأَسِيرِ مِنَ الثَّلْثِ . ولم يُفَرَّقْ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ،
والتَّوْرِيُّ ، وإسحاق . وحكاه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمد . وتأوَّل القاضي ما
رَوَى ، وهو على ما ذكرناه من التَّفْصِيلِ ابتداءً . وقال الشَّعْبِيُّ ، ومالك :
الغازي عَطِيَّتُهُ مِنَ الثَّلْثِ . وقال مسروق : إذا وُضِعَ رِجْلُهُ فِي الْعَرَزِ . وقال
الأوزاعي : الْمَحْضُورُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ الْقَتْلَ ، هو في ثلثه .
والصَّحِيحُ ، إن شاء الله ، ما ذكرناه من التَّفْصِيلِ ؛ لأنَّ مُجَرَّدَ الْحَبْسِ
وَالْأَسْرِ مِنْ غَيْرِ خَوْفِ الْقَتْلِ ، ليس بمرَضٍ ، ولا هو في معنَى الْمَرَضِ
فِي الْخَوْفِ ، فلم يَجْزِ إلحاقه به ، وإذا كان الْمَرِيضُ الَّذِي لَا يَخَافُ التَّلَفَ ،
عَطِيَّتُهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، فغيره أولى . الخامسة ، إذا وَقَعَ الطَّاعُونُ بِيَلَدِهِ ،
فعن أحمد ، أنه مخوف . ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخُوفٍ ، فإنه ليس بمرِضٍ ،
وإنما يَخَافُ الْمَرَضَ .

الطَّائِفَتَانِ لِلْقِتَالِ ، وكانت كلُّ واحدةٍ منهما مُكَافَأَةً لِأُخْرَى أَوْ مَقْهُورَةً ، فأما
الْقَاهِرَةُ مِنْهُمَا بَعْدَ ظُهُورِهَا^(١) ، فليست خَائِفَةً .

قوله : قَالَ الْخِرَقِيُّ : وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر . وهو رواية عن
أحمد . وقلَّعه الحارثي ، وقال : هذا المذهب . انتهى . والمذهب الأول ، عند
الأصحاب . ونصَّ عليه . ولو قال الْمُصَنِّفُ : وقال الْخِرَقِيُّ . بالواو ، لكان أولى .

(١) في الأصل : « ظهور » .

فصل : وكذلك الحامل عند المخاض ؛ لأنه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلّف ، أشبهت سائر أصحاب الأمراض المخوفة ، وما قبل ذلك فلا ألم بها ، فلا يكون مخوفاً (وقال الخرقى : وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر) يعنى عطيتها من الثلث . وبه قال مالك . وقال إسحاق : إذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث . ولم يحدّ حداً . وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، وقتادة : عطية الحامل من الثلث . وقال أبو الخطاب : عطيتها من المال كله ما لم يضربها المخاض ، فإذا ضربها المخاض ، فعطيتها من الثلث . وبه قال النخعي ، ومكحول ، ويحيى الأنصاري ، والأوزاعي ، والثوري ، والعنبري ، وابن المنذر . وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنها لا تخاف إلا إذا ضربها الطلق ، فأشبهت صاحب الأمراض الممتدة قبل أن يصير [٢٥٦/٥]

وعنه ، إذا أثقلت الحامل ، كان مخوفاً ، وإلا فلا . قال في « الرعاية » : وعند ثقل الحمل ، وعند الطلق .

قوله : والحامل عند المخاض . يعنى ، حتى تنجو من نفاسها ، بلا نزاع . قيل : سواء كان بها ألم في هذه المدة ، أو لا . قدّمه في « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعاية الكبرى » . وهو ظاهر كلامه في « الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » . قال الحارثي : وهو المنصوص . وقيل : إنما يكون مخوفاً في هذه المدة ، إذا كان بها ألم قال في « الفروع » : هذا أشهر . قال في « الكافي » : ولو وضعت ، وبقيت معها المشيمة ، أو حصل مرض ، أو ضربان ، فمخوف ، وإلا فلا . قال الحارثي : الأقوى أنه إن لم يكن وجع ، فغير مخوف .

صاحب فراش . وقال الحسن ، والزهرى : عطيتها كعطية الصحيح .
 وهو القول الثانى للشافعى ؛ لأن الغالب سلامتها . ووجه قول الخرقي ،
 أن ستة الأشهر وقت يمكن الولادة فيه ، وهو من أسباب التلف .
 والصحيح ، إن شاء الله تعالى ، ما ذكرناه ، من أنه إذا ضربها الطلق كان
 مخوفاً ، بخلاف ما قبل ذلك ؛ لأنه لا ألم بها ، واحتمال وجوده خلاف
 العادة ، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه ، كالصحيح . وقيل
 عن أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله ؛ لأنه لا مرض بهم .
 وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك .

فصل : فأمّا بعد الولادة ، فإن بقيت المشيمة معها ، فهو مخوف ،

الإنصاف واختاره [٢٦٢/٢] المصنف .

فوائد ؛ منها ، حكم السقط حكم الولد التام . قاله المصنف فى
 « المعنى » ، وغيره . قال فى « الرعاية الكبرى » : وإن ولدت صغيراً ، أو بقي
 مرض ، أو وجع وضربان شديد ، أو رأيت دماً كثيراً ، أو مات الولد معها ، أو
 قتل ، وقيل : أو أسقطت ولداً تاماً . فهو مخوف . انتهى . وإن وضعت مضغة ،
 فعطاياها كعطايا الصحيح . (١) على الصحيح من المذهب . قدمه فى
 « الفروع » . قال فى « المعنى » ، و « الشرح » : فعطاياها كعطايا الصحيح ،
 إلا مع ألم . قال فى « الرعاية الكبرى » ، بعد أن قدم أن عطاياها كعطايا
 الصحيح (١) : وقيل : أو وضعت مضغة ، أو غلقة ، مع ألم أو مرض . وقيل :

(١ - ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

وإن مات الولد معها ، فهو مخوف ؛ لأنه يصعب خروجه . فإن وضعت الولد وخرجت المشيمة ، فحصل ثم ورم أو ضربان شديد ، فهو مخوف . وإن لم يكن شيء من ذلك ، فقد روى عن أحمد في النفساء : إن كانت ترمى الدم ، فعطيتها من الثلث . فيحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه ذلك في الغالب . ويحتمل أن يحتمل على ظاهره ، فإنها إذا كانت ترى (١) الدم كانت كالمرضى . وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام . فإن أسقطت مضغة أو علقه فلا حكم لها ، إلا أن يكون ثم مرض أو ألم . وهذا كله مذهب الشافعي ، إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف .

الإنصاف

لا حكم لهما بلا ألم ولا مرض . ومنها ، حكم من حبس للقتل ، حكم من قدم ليقتص منه . ومنها ، الأسير ؛ فإن كان عادتهم القتل ، فحكمه حكم من قدم ليقتص منه . على الصحيح من المذهب . وعنه ، عطايه من كل المال . وإن لم تكن عادتهم القتل ، فعطايه من كل المال . على الصحيح من المذهب . وعنه ، من الثلث . نص عليه . واختاره أبو بكر ، وتأولها القاضي على من عادتهم القتل . ومنها ، لو جرح جرحاً موحياً ، فهو كالمرضى مع ثبات عقله وفهمه . على الصحيح من المذهب . جزم به في « الفائق » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره (٢) . وقال في « الرعاية » : إن فسد عقله . وقيل : أو لا . لم تصح وصيته . ومنها ، حكم

(١) في م : « ترمى » .

(٢) سقط من : الأصل .

فصل : وما لَزِمَ المَرِيضُ في مَرَضِهِ مِنْ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ وَإِسْقَاطُهُ ، كَأَرْشِ جِنَايَتِهِ ، وَجِنَايَةِ عَبْدِهِ ، وَمَاعَاوَضَ عَلَيْهِ بِثَمَنِ المِثْلِ ، وَمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ المَالِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ النِّكَاحُ بِمَهْرِ المِثْلِ ، يَجُوزُ مِنْ رَأْسِ المَالِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ مَالِهِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ ، فَقُدِّمَ بِذَلِكَ عَلَى وَارِثِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى أُمَّةً لِلِاسْتِمْتَاعِ بِهَا كَثِيرَةَ الثَّمَنِ بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، أَوْ اشْتَرَى مِنَ الْأَطْعَمَةِ الَّتِي لَا يَأْكُلُ مِثْلَهُ مِثْلَهَا ، جَاز ، وَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ مَالَهُ فِي حَاجَتِهِ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، قُدِّمَ بِذَلِكَ عَلَى وَارِثِهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(١) .

مَنْ ذُبِحَ أَوْ أُبَيِّنَتْ حُسْنُوتهُ ؛ وَهِيَ أُمْعَاؤُهُ ، لِاخْرَاقِهَا وَقَطْعِهَا فَقَطْ ، ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، حُكْمُ المَيِّتِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ فِي الحَرَكَةِ فِي الطِّفْلِ ، وَفِي الجِنَايَةِ . قَالَ الحَارِثِيُّ : ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا : لَا حُكْمَ لِعَطِيَّتِهِ وَلَا لِكَلَامِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمُرَادُهُ أَنَّهُ كَمَيِّتٍ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ أَيْضًا فِي « قَتَاوِيهِ » ، إِنْ خَرَجَتْ حُسْنُوتهُ وَلَمْ تَبَيَّنْ ، ثُمَّ مَاتَ وَلَدُهُ ، وَرِثَهُ ، وَإِنْ أُبَيِّنَتْ ، فَالظَّاهِرُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ ؛ لِأَنَّ المَوْتَ زُهَوَقَ النَّفْسِ وَخُرُوجِ الرُّوحِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ؛ وَلِأَنَّ الطِّفْلَ يَرِثُ وَيُورَثُ بِمُجَرَّدِ اسْتِهْلَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَدُلُّ عَلَى حَيَاةٍ أُثْبِتَ مِنْ حَيَاةٍ هَذَا . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ هَذَا مِنَ الشَّيْخِ ، أَنَّ مَنْ ذُبِحَ لَيْسَ كَمَيِّتٍ ، مَعَ بَقَاءِ رُوحِهِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : وَمَنْ ذُبِحَ أَوْ أُبَيِّنَتْ حُسْنُوتهُ ، فَقَوْلُهُ لَقَوَّ .

(١) سورة النساء ١١ .

فصل : فأما إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الدَّيُون ، صحَّ قضاؤه ، ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه . وإن لم تف بها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ، ومُشاركتَه فيما أخذه . [٢٥٦/٥ ظ] وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنَّ حقهم تعلَّق بماله بمرضه ، فمنع تصرفه فيه بما ينقص ديونهم ، كتبرُّعه ، ولأنَّه لو وصَّى بقضاء بعض ديونه ، لم يَجْز ، فكذاك إذا قضاها . والثاني ، لا يملكون الاعتراض عليه ولا مُشاركته . وهو قياس قول أحمد ، ومنصوص الشافعي ؛ لأنَّه أدَّى واجباً عليه ، فصَحَّ ، كما لو اشترى شيئاً فأدَّى ثمنه ، أو باع بعض ماله وسلَّمه . ويُفارق الوصية ، فإنه لو اشترى ثياباً مُثَمَّنة ، صحَّ ، ولو وصَّى بتكفينه بثياب مُثَمَّنة ، لم يصحَّ . يُحقَّق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه ، وقد صحَّ عقيب البيع ، فكذاك إذا تراخى ، إذ لا أثر لتراخيه .

فصل : وإذا تبرع المريض أو اعتق ثم أقرَّ بدين ، لم يَطلُ تبرُّعه . نصَّ عليه أحمد ، في مَنْ اعتق عبده في مرضه ثم أقرَّ بدين ، عتق العبد ، ولم يُردَّ إلى الرقِّ ؛ لأنَّ الحقَّ ثبت بالتبرُّع في الظاهر ، فلم يُقبل إقراره فيما يَطلُ به حقُّ غيره .

وإن خرجت حُشوته ، أو اشتدَّ مرضه ، وعقله ثابت ؛ كعمر ، وعلى ، رضي الله الإصاف عنهما ، صحَّ تصرفه وتبرُّعه ووصيته .

وَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجَزَةِ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلُ مِنْهَا .

٢٦٣٣ - مسألة : وإن لم يف (الثُّلُثُ بالتَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجَزَةِ ، بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ) سَوَاءٌ كَانَ الْأَوَّلُ عِتْقًا أَوْ غَيْرَهُ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الْجَمِيعُ سَوَاءٌ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وإن كانت من أجناسٍ ، وكانت المُحَابَاةُ مُتَقَدِّمَةً ، قُدِّمَتْ ، وإن تأخرت سُوءَ بَيْنِهَا وبين العتق ، وإنما كان كذلك ؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ حَقٌّ آدَمِيٌّ عَلَى وَجْهِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَقُدِّمَتْ إِذَا تَقَدَّمَ ، كَقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَإِذَا تَسَاوَى جِنْسُهَا سُوءَ بَيْنِهَا ؛ لِأَنَّهَا عَطَايَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، تُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَسُوءَ بَيْنِهَا ، كَالْوَصِيَّةِ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يُقَدَّمُ الْعِتْقُ ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ . ولنا ، أَنَّهُمَا عَطِيَّتَانِ مُنْجَزَتَانِ ، فَكَانَتْ أُولَاهُمَا أُولَى ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْأُولَى مُحَابَاةً عِنْدَ أَى حَنِيفَةٍ ، أَوْ عِتْقًا عِنْدَ صَاحِبِهِ ، وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ الْمُنْجَزَةَ لَازِمَةٌ فِي حَقِّ الْمُعْطَى ، فَإِذَا كَانَتْ خَارِجَةً مِنَ الثُّلُثِ ، لَزِمَتْ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ ، فَلَوْ شَارَكَتْهَا الثَّانِيَةُ ، لَمَنَعَ ذَلِكَ لُزُومَهَا فِي حَقِّ الْمُعْطَى ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فِي بَعْضِهَا بِعَطِيَّةٍ أُخْرَى ، بِخِلَافِ الْوَصَايَا ، فَإِنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ فِي حَقِّهِ ، وَإِنَّمَا تَلْزُمُ بِالْمَوْتِ ' فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ ، فَاسْتَوَيَا لِاسْتَوَائِهِمَا فِي حَالِ لُزُومِهَا ، بِخِلَافِ الْمُنْجَزَتَيْنِ . وما قاله في المُحَابَاةِ لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّهَا ' بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ ، وَلَوْ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْمُعَاوَضَةِ أَوْ الدَّيْنِ لَمَا كَانَتْ مِنَ الثُّلُثِ .

قوله : وَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجَزَةِ ، بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ . هذا

فَإِنْ تَسَاوَتْ قُسِمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ . وَعَنْهُ ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ . المقنع

٢٦٣٤ - مسألة : (وإن تساوت قُسِمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ . الشرح الكبير
وعنه ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ) أَمَّا إِذَا رَقَعَتْ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، بَأَنْ وَكُلَّ جَمَاعَةً فِي هَذِهِ
التَّبَرُّعَاتِ ، فَأَوْقَعُوهَا دَفْعَةً [٢٥٧/٥ ر] وَاحِدَةً ، فَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا عِتْقًا
أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمْ ، فَكَمَلْنَا الْعِتْقَ فِي بَعْضِهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ قَسَمْنَا الثُّلُثَ
بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ عَطَايَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي الْاِسْتِحْقَاقِ ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى
قَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، كَغُرْمَاءِ الْمُفْلِسِ . وَإِنَّمَا خُولِفَ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْعِتْقِ ؛
لِحَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ^(١) . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا
عِتْقٌ وَغَيْرُهُ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ لِتَأْكِيدِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ،
يُسَوَّى بَيْنَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ تَسَاوَتْ فِي اِسْتِحْقَاقِهَا ، فَتَسَاوَتْ فِي
تَنْفِيزِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ اِسْتِحْقَاقَهَا حَصَلَ فِي حَالٍ
وَاحِدَةٍ .

فصل : إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ : إِذَا أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ حُرٌّ . ثُمَّ أَعْتَقَ
سَعْدًا ، عَتَقَ سَعِيدًا إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا ،

المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ . وعنه ، يُقَسَّمُ بَيْنَ الْكُلِّ الإنصاف
بِالْحِصَصِ ، كَالْوَصَايَا . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْمُحَرَّرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .
قوله : فَإِنْ تَسَاوَتْ ، قُسِمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ . إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ ،
وَوَقَعَتْ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا
عِتْقٌ ، فَكَذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ

(١) تقدم تخرجه في صفحة ١٢٤ .

عَتَقَ سَعْدٌ وَحْدَهُ ، وَلَمْ يُفَرِّغْ بَيْنَهُمَا ؛ لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ سَعْدًا سَبَقَ بِالْعِتْقِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ عِتْقَهُ شَرْطٌ لِعِتْقِ سَعِيدٍ ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ فَاتِ إِعْتَاقُ سَعِيدٍ أَيْضًا ؛ لَفَوَاتِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ مَا يَعْتَقُ بِهِ بَعْضُ سَعِيدٍ ، عَتَقَ تَمَامُ الثُّلْثِ مِنْهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ وَعَمْرُو حُرَّانِ . ثُمَّ أُعْتَقَ سَعْدًا ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمْ ، عَتَقَ سَعْدٌ وَحْدَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ اثْنَانِ ، أَوْ وَاحِدٌ وَبَعْضُ آخَرَ ، عَتَقَ سَعْدٌ ، وَأُفْرِغَ بَيْنَ سَعِيدٍ وَعَمْرُو فِيمَا بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُمَا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَيْسَ عِتْقُ أَحَدِهِمَا شَرْطًا فِي عِتْقِ الْآخَرِ . وَلَوْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ اثْنَانِ وَبَعْضُ الثَّالِثِ ، أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ؛ لِتَكْمِيلِ الْحُرِّيَّةِ فِي أَحَدِهِمَا ، وَحُصُولِ التَّشْقِيقِ فِي الْآخَرِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْتَقْتُ سَعْدًا ^(١) فَسَعِيدٌ حُرٌّ . أَوْ : فَسَعِيدٌ وَعَمْرُو حُرَّانِ فِي حَالِ إِعْتَاقِي سَعْدًا . فَالْحُكْمُ سَوَاءٌ لَا يَخْتَلِفُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ سَعْدٍ شَرْطٌ لِعِتْقِهِمَا ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ لَفَاتِ شَرْطُ عِتْقِهِمَا ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ . فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ فِي الصُّحَّةِ وَالْإِعْتَاقُ فِي الْمَرَضِ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ فِي الْعِتْقِ : يُفَرِّغُ بَيْنَهُمْ ، فَيَكْمُلُ الْعِتْقُ فِي بَعْضِهِمْ ، كَمَا فِي حَالِ الْوَصِيَّةِ . وَعَنْهُ ، يُقَدِّمُ الْعِتْقُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « سَعِيدٌ » .

فصل : فإن قال : إن تزوجت فعبدى حرٌّ . فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل ، فالزيادة مُحاباة تُعتبر من الثلث . فإن لم يخرج من الثلث إلا المُحابة أو العبد ، قُدِّمت المُحابة ؛ لأنها وَجِبَتْ قبل العتق ، لكون التزويج شرطاً في العتق ، فقد سبقت العتق . ويَحْتَمِلُ أن يتساويا ؛ لأن التزويج سبب لثبوت [٢٥٧/٥ ط] المُحابة ، وشرط للعتق ، فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه ، فيكونان سواء . ثم هل يُقدَّم العتق على المُحابة ؟ على روايتين . وهذا فيما إذا ثَبِتَت المُحابة بأن لا تَرث المرأة الزَّوج ، إمَّا لوجود مانع من الإرث ، أو لمُفَارَقَتِهِ إياها في حَيَاتِهِ ، إمَّا بِمَوْتِهَا أو طَلَاقِهَا أو نحوه . فأما إن ورثته تَبَيَّنَا أَنَّ المُحابة لا تُثَبِّتُ لها إلا بإجازة الورثة ، فينبغي أن يُقدَّم العتق عليها ؛ لأنه لازمٌ غيرُ موقوفٍ على الإجازة ، فيكون مُتَقَدِّمًا . وإن قال : أنت حرٌّ في حال تزويجي . فتزوج بأكثر من مهر المثل ، فعلى القول الأول يتساويان ؛ لأن التزويج جعل حالة لإيقاع العتق كما في عتق سعيد وسعيد ، وبُطْلَانُ المُحابة لا يُبْطِلُ التزويج ولا يُؤثِّرُ فيه . وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقاً ؛ لأن المُحابة إنما تُثَبِّتُ بِتَمَامِ التزويج ، والعتق قبل تمامه ، فيكون سابقاً على المُحابة ، فيتقدَّم لهذا المعنى ، سيما إذا تَأَكَّدَ بِقُوَّتِهِ وكونه غير وارث .

فصل : إذا أعتق المَرِيضُ شَقِصًا من عبدٍ ، ثم أعتق شَقِصًا من آخر ، ولم يخرج من الثلث إلا العبد الأول ، عتق وحده ؛ لأنه يَعْتَقُ حين تَلَفُّظِهِ بإعتاقه بعضه . وإن خرج الأول وبعض الثاني ، عتق ذلك . وإن أعتق

المقنع وَأَمَّا مُعَاوِضَةُ [١٥٨ ط] الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَتَصِحُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا تَصِحَّ لِوَارِثٍ .

الشرح الكبير الشَّقِصَيْنِ مَعَا فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا الشَّقِصَانِ ، عَتَقَا وَرَقَّ بَاقِي الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ إِلَّا أَحَدُهُمَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ خَرَجَ الشَّقِصَانِ وَبَاقِي أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَكْمِيلُ الْعِتْقِ مِنْ أَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَيْنِ فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا . وَالثَّانِي ، يُقَسِّمُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَ عِتْقًا مُشَقَّصًا فَلَمْ يُكْمِلْهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَيْنِ ، وَلِهَذَا إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا الشَّقِصَانِ أَعْتَقْنَاهُمَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَلَمْ نُكْمِلْهُ مِنْ أَحَدِهِمَا . وَلَوْ وَصَّى بِإِعْتَاقِ النَّصِيبَيْنِ وَأَنْ يُكْمَلَ عِتْقُهُمَا مِنْ ثُلْثِهِ ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا النَّصِيبَانِ وَقِيمَةُ بَاقِي أَحَدِهِمَا ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ كَمَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ أَوْصَى بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِعْتَاقِهِمَا ، بِخِلَافِ الَّذِي قَبْلَهَا .

٢٦٣٥ - مسألة : (وَأَمَّا مُعَاوِضَةُ الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَتَصِحُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبَرُّعٌ ، وَلَيْسَ هَذَا تَبَرُّعًا ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْوَارِثُ وَغَيْرُهُ (وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ لِوَارِثٍ) لِأَنَّهُ خَصَّهُ بِعَيْنِ الْمَالِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ حَابَاهُ .

الإيضاح قوله : وَأَمَّا مُعَاوِضَةُ الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَتَصِحُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ . إِنْ كَانَتْ الْمُعَاوِضَةُ فِي الْمَرَضِ ، مَعَ غَيْرِ الْوَارِثِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، صَحَّتْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، بِلا تَنَازُعٍ . وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ ، وَالحَالَةُ هَذِهِ ، فَكَذَلِكَ .

وَأِنْ حَابَى وَارِثُهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ فِي قَدْرِ مَا حَابَاهُ ، وَتَصِحُّ
فِيمَا عَدَاهُ ،

٢٦٣٦ - مسألة : (وإن حابى وارثه ، فقال القاضى : تَبْطُلُ فى
قَدْرِ ما حاباه ، وَتَصِحُّ [٢٥٨/٥] فيما عداه) مثل أن يبيع شيئاً بنصف

على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزم به فى « الوَجِيزِ » الإنصاف
وغيره . وقدمه فى « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،
و « المُغْنَى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُرُوعِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ،
و « الحاوى الصَّغِيرِ » ، و « الحارِثِيَّ » ، وغيرهم . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحَّ لوارِثٍ ؛
لأنَّه خَصَّهُ بَعَيْنِ المَالِ . وهو لأبى الخَطَّابِ فى « الهداية » ، فى الوَصِيَّةِ . قال فى
« الفُرُوعِ » : وعنه ، تصحُّ مع وارِثٍ بإجازةٍ . اختاره فى « الانْتِصَارِ » ، فى
مسألة إقرارِ المَرِيضِ لوارِثٍ بمالٍ .

فائدة : لو قَضَى بعضُ الثَّرَمَاءِ دَيْنَهُ ، « وَتَرَكَهُ تَفَى بَقِيَّةٍ دَيْنِهِ » ، صحَّ . على
الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، نصَّ عليه . وقدمه فى « المُستَوْعِبِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ،
و « الحاوى الصَّغِيرِ » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « الخُلاصَةِ » .
قال فى « الفُرُوعِ » : ونصُّه ، يَصِحُّ مُطْلَقًا . وصَحَّحه فى « التَّنْظِيمِ » . وقال أبو
الخَطَّابِ ، وابنُ البَنَّا : لا يَصِحُّ إِلَّا قضاؤُهُم بالسُّوِّيَّةِ ، إذا ضاقَ ماله . ذكره فى
« المُستَوْعِبِ » .

قوله : وإن حابى وارثه ، فقال القاضى : تَبْطُلُ فى قَدْرِ ما حاباه ، وَتَصِحُّ فيما
عداه . وهو الصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ . جزم به فى « المُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

وَالْمُشْتَرَى الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَبَعُّضَتْ فِي حَقِّهِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ شَفِيعٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرَى .

المتنع

ثَمَنِهِ ، فَلَهُ نِصْفُهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ لَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، فَبَطَلَ التَّصَرُّفُ فِيمَا تَبَرَّعَ لَهُ بِهِ (وَلِلْمُشْتَرَى الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَبَعُّضَتْ فِي حَقِّهِ) .

الشرح الكبير

٢٦٣٧ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ لَهُ شَفِيعٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرَى) لَزَوَالِ الضَّرَرِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فُسَخَ الْبَيْعُ رَجَعَ بِالثَّمَنِ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ الثَّمَنُ مِنَ الشَّفِيعِ .

فصل : فَإِنْ بَاعَ أَجْنَبِيًّا وَحَابَاهُ ، لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ صِحَّةَ الْعَقْدِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ . وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ : يَبْطُلُ الْعَقْدُ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ النَّيْعَ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَدْرٌ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ،

و « شَرَحَ ابْنُ مُنْجَى » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَقَالَ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ مُطْلَقًا . اخْتَارَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَعَنْهُ ، يَذْفَعُ قِيمَةً بَاقِيَةً ، أَوْ يَفْسَخُ الْبَيْعَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَأْتِي ، فِي بَابِ الْوَصَايَا ، أَنَّ الْأَشْهَرَ لِلْأَصْحَابِ ، انْتِفَاءُ التَّفْوِذِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ ، فَيَتَقَيَّدُ مَا قَالَ هُنَا مِنَ الْبُطْلَانِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ . انْتَهَى . وَيَأْتِي فِي أَوَاخِرِ فُصُلٍ ، وَتُفَارِقُ الْعَطِيَّةُ الْوَصِيَّةَ ^(٢) ، حُكْمٌ مَا إِذَا حَاتَى أَجْنَبِيًّا .

الإنصاف

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

فَصَحَّ ، كغَيْرِ الْمَرِيضِ . فعلى هذا ، لو باع عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ قِيمَتَهُ ثَلَاثُونَ بَعَشْرَةَ ، فَقَدْ حَابَى الْمُشْتَرَى ثُلُثِي مَالِهِ ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك ، لَزِمَ الْبَيْعُ ، وإن رَدُّوا فَاخْتَارَ الْمُشْتَرَى فَنَسَخَ الْبَيْعَ ، فله ذلك ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعَّضَتْ فِي حَقِّهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْبَيْعِ ، فَقَالَ شَيْخُنَا ^(١) : عِنْدِي أَنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَ الْمَبِيعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، وَيُفَسِّخُ الْبَيْعَ فِي الْبَاقِي . وهذا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ يَأْخُذُ ثُلُثِي الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ . وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْقَاضِي فِي نَحْوِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الثُّلُثَ بِالْمُحَابَاةِ وَالثُّلُثَ الْآخَرَ بِالثَّمَنِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : يَقَالُ لَهُ : إِنْ شِئْتَ أَدَيْتَ عَشْرَةَ أُخْرَى وَأَخَذْتَ الْمَبِيعَ ، وَإِنْ شِئْتَ فَسَخْتَ وَلَا شَيْءَ لَكَ . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ ثُلُثَ الْمَبِيعِ بِالْمُحَابَاةِ ، وَيُسَمِّيهِ أَصْحَابُهُ خُلْعَ الثُّلُثِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا ذَكَرْنَاهُ مُقَابَلَةٌ بَعْضِ الْمَبِيعِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ تَعَدُّرِ أَخْذِ جَمِيعِهِ بِجَمِيعِهِ ، فَصَحَّ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ بِثَمَنِ فَاَنْفَسَخَ الْبَيْعَ فِي إِحْدَاهُمَا لَعَيِبَ أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَأَخَذَ الشَّقِيعَ الشَّقْصَ ، أَوْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى قَفِيزًا يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِقَفِيزٍ قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ . وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي الَّذِي اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لَهُ الْمَبِيعَ بِثَمَنِ ، فَيَأْخُذُ بَعْضَهُ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا بِمِائَةٍ . فَقَالَ : قَدْ قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِهَا . وَلِأَنَّهُ إِذَا فُسِّخَ الْبَيْعُ فِي بَعْضِهِ وَجَبَ أَنْ يَفْسَخَهُ بِقَدْرِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ،

ولا يَجُوزُ فسخُ البيعِ^(١) فيه مع بقاء ثمنه ، كما لا يجوزُ فسخُ البيعِ^(٢) في الجميعِ مع بقاء ثمنه . وأما قولُ أهلِ العراقِ ، فإنَّ فيه إجباراً للورثةِ على المعاوضةِ [٢٥٨/٥ ط] على غيرِ الوجهِ الذي عاوضَ موروئهم . وأما قولُ مالكٍ ، فلا يصحُّ ؛ لأنه إذا فسخَ البيعُ لم يستحقَّ شيئاً ؛ لأنَّ المحاباةَ إنما حصلتْ في ضمنِ البيعِ ، فإذا بطلَ البيعُ بطلتْ ، كما لو وصَّى لرجلٍ بعينه أن يحجَّ عنه بمائةٍ ، وأجرُ المثلِ خمسون ، فطلبَ الخمسينِ الفاضلةَ بدونِ الحجِّ . وإن اشترى عبداً يساوي عشرةً بثلاثين ، فإنه يأخذُ^(٣) نصفه ينصفِ الثمنَ^(٤) . وإن باعَ العبدَ الذي يساوي ثلاثين بخمسةَ عشرَ ، جاز البيعُ في ثلثيه بثلثي الثمنِ في قولِ شيخنا . وعلى قولِ القاضي ، للمُشتريِ خمسةُ أسداسه بكلِّ الثمنِ . وطريقُ هذا أن ينسبَ الثمنُ وثلثُ المبيعِ إلى قيمته ، فيصحُّ البيعُ في مقدارِ تلكِ النسبةِ ، وهو خمسةُ أسداسه . وعلى الوجهِ الأولِ ، يسقطُ الثمنُ من قيمةِ المبيعِ ، وينسبُ الثلثُ إلى الباقي ، فيصحُّ البيعُ في قدرِ تلكِ النسبةِ ، وهو ثلثاه بثلثي الثمنِ . فإن خلفَ البائعُ عشرةً أخرى ، فعلى الوجهِ الأولِ ، يصحُّ في ثمانيةِ أساعه ثمانيةِ أساعِ الثمنِ ، وعلى الوجهِ الثاني ، يأخذُ المشتريُ نصفه وأربعةَ أساعه بجميعِ الثمنِ .

(١) في الأصل : « المبيع » .

(٢ - ٣) في الأصل : « نصفه بنصفه » . وفي م : « نصفها بنصفها » .

وَأَنَّ بَاعَ الْمَرِيضِ أَجْنَبِيًّا وَحَابَاهُ ، وَكَانَ شَفِيعُهُ وَارِثًا ، فَلَهُ الْأَخْذُ
بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ لغيرِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٣٨ - مسألة : (وإن باع المَرِيضُ أَجْنَبِيًّا وحاباه ، وكان شَفِيعُهُ
وارِثًا ، فله الأخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ لغيرِهِ) يَعْنِي إِذَا باعَ شِقْصًا تَجِبُ
فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ إِنَّمَا وَقَعَتْ لِلأَجْنَبِيِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لغيرِهِ
وارِثَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ الشُّفْعَةَ ههنا^(١) ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى
جَعْلِ سَبِيلٍ لِلإِنْسَانِ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ وَاثِرِهِ فِي الْمُحَابَاةِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ
وَالْخِلَافَ فِيهِ فِي الشُّفْعَةِ .

الإنصاف

قوله : وإن باع المَرِيضُ أَجْنَبِيًّا ، وحاباه ، وكان شَفِيعُهُ وَارِثًا ، فله الأخْذُ
بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ لغيرِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي [٢٦٢/٢ ط]
« الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ »^(٢) ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . قَالَ
فِي « الْفُرُوعِ » : أَخَذَ شَفِيعُهُ الْوَارِثُ بِالشُّفْعَةِ فِي الْأَصَحِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ،
وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْحَارِثِيُّ » ، وَقَالَ : هَذَا الْأَشْهُرُ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ
الشُّفْعَةَ هُنَا . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِي
« الْمُعْنَى » ، فِي الشُّفْعَةِ وَجْهٌ ، لِأَشْفَعَةِ لَهُ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ط .

وَيُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عِنْدَ الْمَوْتِ . فَلَوْ أُعْتِقَ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، ثُمَّ مَلَكَ مَالًا يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ عَتَقَ كُلَّهُ . وَإِنْ صَارَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُ ، لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ .

المقنع

٢٦٣٩ - مسألة : (وَيُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عِنْدَ الْمَوْتِ) لَأَنَّهُ وَقْتُ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ وَاسْتِحْقَاقِهَا ، وَتَثَبُّتُ لَهُ وَلَايَةُ الْقَبُولِ وَالرَّدِّ (فَلَوْ أُعْتِقَ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، ثُمَّ مَلَكَ مَالًا يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ عَتَقَ كُلَّهُ) لَخُرُوجِهِ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ الْمَوْتِ (وَإِنْ صَارَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُ ، لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ) لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدِّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالَّذِينَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ^(١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ ثُلْثَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ الْمَرِيضُ فِي الثُّلُثِ كَتَصَرَّفِ الصَّحِيحِ فِي الْجَمِيعِ .

الشرح الكبير

قوله : وَيُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عِنْدَ الْمَوْتِ ، فَلَوْ أُعْتِقَ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، ثُمَّ مَلَكَ مَالًا يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ عَتَقَ كُلَّهُ ، وَإِنْ صَارَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُ ، لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ . هذا المذهب ، نصٌّ عليه ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وقال الحارثي : فِي اعْتِبَارِ الثُّلُثِ فِي الْوَصِيَّةِ بِحَالِ الْوَصِيَّةِ خِلَافٌ ، فَيَجْرِي مِثْلُهُ فِي الْعَطِيَّةِ ، عَلَى الْقَوْلِ بِهِ ، وَأَوَّلَى . قَالَ : وَهَذَا الْوَجْهُ أَظْهَرُ . قَالَ : وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ أَوْرَدَ رِوَايَةً ، أَوْ وَجَّهًا ؛ يَعْتِقُ ثُلُثَ الْعَبْدِ فِيمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ الْعَبْدَ . انتهى .

الإنصاف

(١) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في ميراث الأخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفي : باب ما جاء يُبدَأُ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٤٦/٨ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، في : باب الدين قبل الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٩/١ ، ١٤٤ ، ١٣١ .

فَصْلٌ : وَتَفَارِقُ الْعَطِيَّةُ الْوَصِيَّةَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِنْهَا ، وَالْوَصَايَا يُسَوَّى بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِ وَالْمُتَأَخِّرِ مِنْهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرَّجُوعُ فِي الْعَطِيَّةِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ .
الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ قَبُولُهُ [١٥٩] لِلْعَطِيَّةِ عِنْدَ وُجُودِهَا ، وَالْوَصِيَّةِ بِخِلَافِهِ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (وَتَفَارِقُ الْعَطِيَّةُ الْوَصِيَّةَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِنْهَا ، وَالْوَصَايَا يُسَوَّى بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِ وَالْمُتَأَخِّرِ مِنْهَا) أَمَّا الْعَطَايَا فَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهَا وَالْخِلَافَ فِيهَا . وَأَمَّا الْوَصَايَا فَإِنَّهَا تَبْرُعُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَتُؤْخَذُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَلِذَلِكَ اسْتَوَى فِيهَا الْمُتَقَدِّمُ ^(١) وَالْمُتَأَخِّرُ . (الثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ [٢٥٩/٥] الرَّجُوعُ فِي الْعَطِيَّةِ ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ) لِأَنَّ الْعَطِيَّةَ تَقَعُ لَازِمَةً فِي حَقِّ الْمُعْطَى ، تَنْتَقِلُ إِلَى الْمُعْطَى فِي الْحَيَاةِ إِذَا اتَّصَلَ بِهَا الْقَبُولُ وَالْقَبْضُ ، وَإِنْ كَثُرَتْ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَالْهَبَةِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَ الْمَرِيضُ مِنَ التَّبْرُعِ بزيادةٍ عَلَى الثَّلَاثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، لَا لِحَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِجَارَتَهَا وَلَا رَدُّهَا بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ ^(٢) وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ ^(٣) ؛ لِأَنَّ التَّبْرُعَ بِهَا مَشْرُوطٌ بِالْمَوْتِ ، فَفِيمَا قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ يُوجَدْ التَّبْرُعُ وَلَا الْعَطِيَّةُ ، فَهِيَ كَالْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبُولِ . (الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ قَبُولُهُ لِلْعَطِيَّةِ عِنْدَ وُجُودِهَا) وَيُنْتَقَرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ

فائدة : قَوْلُهُ : وَتَفَارِقُ الْعَطِيَّةُ الْوَصِيَّةَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَوَّلِ

(١) آخر الجزء الخامس من مخطوطة جامعة الرياض (ر ١) .

(٢ - ٣) سقط من : م .

المذكورة ؛ لأنها هبة منجزة . فاعتبر لها القبول عند وجودها ، كعطية الصحيح ، بخلاف الوصية ، فإنه لا حكم لقبولها ولا ردّها إلا بعد الموت على ما يأتي .

فصل : والعطية تقدّم على الوصية . وهو قول الشافعي وجمهور العلماء . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وزفر ، إلا في العتق ، فإنه حكى عنهم تقديمه ؛ لأن العتق يتعلّق به حق الله تعالى ، ويسرى وينفذ في ملك الغير ، فيجب تقديمه . ولنا ، أن العطية لازمة في حق المريض ، فقدّمت على الوصية ، كعطية الصّحة ، أو فقدّمت على العتق ، كعطية الصّحة .

فالأول منها ، والوصايا يسوّى بين المتقدّم والمتأخّر منها . هذا صحيح ، لكن لو اجتمعت العطية والوصية ، وضاق الثلث عنهما ، فالصحيح من المذهب ، أن العطية تقلّم . وعليه الأصحاب . وجزم به في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « النظم » ، وغيرهم . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وصحّحه في « المحرّر » وغيره . وعنه ، التساوى . قدمه في « المحرّر » ، لكن صحّح الأول ، كما تقدّم . وعنه ، يُقدّم العتق . قال في « الرعاية الكبرى » : قلت : إن كانت الوصية فقط ممّا يخرج من أصل المال ، قدّمت ، وأخرجت العطية من ثلث الباقي ؛ فإن أعنت عبده ، ولم يخرج من الثلث ، فقال الورثة : أعنته في مرضه . وقال العبد : بل في صحته . صدّق الورثة . انتهى .

وَالرَّابِعُ أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِي الْعَطِيَّةِ مِنْ حِينِهَا وَيَكُونُ مُرَاعَى ، فَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْمَلِكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينِهِ . فَلَوْ أُعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا ، أَوْ وَهَبَهُ لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ كَسَبَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ شَيْئًا ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ فَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، كَانَ كَسْبُهُ لَهُ إِنْ

(الرابع ، أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ فِي الْعَطِيَّةِ مِنْ حِينِهَا وَيَكُونُ مُرَاعَى ، فَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْمَلِكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينِهِ) لِأَنَّ الْعَطِيَّةَ فِي الْمَرَضِ تَمْلِكُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ هِبَةً ، فَمُقْتَضَاهَا تَمْلِكُ الْمَوْهُوبَ فِي الْحَالِ ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ قَبُولُهَا فِي الْمَجْلِسِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي الصُّحَّةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مُحَابَاةً أَوْ إِعْتَاقًا . وَأَمَّا كَوْنُهَا مُرَاعَاةً ، فَلَا تَأْتِي لَا نَعْلَمُ هَلْ هَذَا مَرَضُ الْمَوْتِ أَوْ لَا ، وَلَا نَعْلَمُ هَلْ يَسْتَفِيدُ مَالًا أَوْ يَتَلَفُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ أَوْ لَا ، فَتَوَقَّفْنَا لِنَعْلَمَ عَاقِبَةَ أَمْرِهِ فَتَعَمَّلَ عَلَيْهَا ، فَإِذَا انْكَشَفَ الْحَالُ عَلِمْنَا حِينَئِذٍ مَا ثَبَتَ حَالَ الْعَقْدِ . وَمِثْلُ ذَلِكَ ، مَا لَوْ أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَإِنَّا لَا نَدْرِي هَلْ يُسَلِّمُ الثَّانِي أَمْ لَا ، فَتَقِفُ الْأَمْرَ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْآخَرُ فِي الْعِدَّةِ تَبَيَّنَا أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ صَحِيحًا بَاقِيًا ، وَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ إِسْلَامِهِ تَبَيَّنَا أَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ مِنْ حِينَ اخْتَلَفَ دِينُهُمَا .

٢٦٤٠ - مسألة : (فَلَوْ أُعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا ، أَوْ وَهَبَهُ لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ كَسَبَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ شَيْئًا ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ فَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، كَانَ كَسْبُهُ

كَانَ مُعْتَقًا ، وَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ إِنْ كَانَ مَوْهُوبًا ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهُ ،
فَلَهُمَا مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ . فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَأَمَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَكَسَبَ
مِثْلَ قِيَمَتِهِ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ
شَيْءٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ سَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، فَصَارَ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ فَيَعْتَقُ

له إِنْ كَانَ مُعْتَقًا ، وَلِلْمَوْهُوبِ إِنْ كَانَ مَوْهُوبًا ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهُ ،
[٢٥٩/٥ ظ] فَلَهُمَا مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ (فنقول ^(١) : إِذَا (أَعْتَقَ عَبْدًا لَا
مَالَ لَهُ ^(٢) سِوَاهُ ، فَكَسَبَ مِثْلَ قِيَمَتِهِ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ) فَلِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ
بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَبَاقِيَهُ لِسَيِّدِهِ ، فَيَزِدَادُ بِهِ مَالُ السَّيِّدِ ، وَتَزِدَادُ الْحُرِّيَّةُ
لِذَلِكَ ، وَيَزِدَادُ حَقُّهُ مِنْ كَسْبِهِ ، فَيَنْقُصُ بِهِ حَقُّ السَّيِّدِ مِنَ الْكَسْبِ ،
وَيَنْقُصُ بِذَلِكَ قَدْرُ الْمُعْتَقِ مِنْهُ ، فَيَدْخُلُ الدَّوْرُ ^(٣) ، فَيُسْتَخْرَجُ ذَلِكَ
بِالْجَبْرِ ، يُقَالُ : (عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ) لِأَنَّ كَسْبَهُ
مِثْلُهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ مِنَ الْعَبْدِ ^(٤) وَكَسْبِهِ شَيْئَانِ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهُ ،
وَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَا يُحَسَبُ عَلَى الْعَبْدِ مَا حَصَلَ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ
اسْتَحَقَّه بِجُزْئِهِ الْحُرِّ لَا مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهِ ، فَصَارَ لِلْعَبْدِ شَيْئَانِ ، وَلِلْوَرَثَةِ
شَيْئَانِ ، مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ ، (فَيَعْتَقُ مِنْهُ

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) الدَّوْرُ : توقف كل من الشئتين على الآخر .

(٤ - ٤) سقط من : م .

مِنْهُ نِصْفُهُ، وَلَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ، وَلِلْوَرَّةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَى قِيمَتِهِ صَارَ لَهُ شَيْئَانِ وَعَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ، فَيَعْتَقُ ثَلَاثَةً أَخْمَاسِهِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَّةِ . وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيمَتِهِ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَلَهُ نِصْفُ شَيْءٍ مِنْ كَسْبِهِ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ [١٥٩ ط] فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ كَسْبِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَّةِ .

وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا لِإِنْسَانٍ، فَلَهُ مِنَ الْعَبْدِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ وَبِقَدْرِهِ

الشرح الكبير

نِصْفُهُ، وَلَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ، وَلِلْوَرَّةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَى قِيمَتِهِ (فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ، صَارَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ، وَلَهُمَا شَيْئَانِ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ أَخْمَاسًا) يَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ، وَلِلْوَرَّةِ خُمُسَاهُ وَخُمُسَا كَسْبِهِ (وَإِنْ كَسَبَ ثَلَاثَةَ أَمْثَالِ قِيمَتِهِ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ مَعَ مَا عَتَقَ مِنْهُ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَ، وَلَهُ ثَلَاثَا كَسْبِهِ، وَلِلْوَرَّةِ ثَلَاثُهُمَا .) (وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيمَتِهِ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ نِصْفُ شَيْءٍ، وَلَهُمَا شَيْئَانِ) فَالْجَمِيعُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ وَنِصْفُ شَيْءٍ، فَإِذَا بَسَطْتُهَا أَنْصَافًا، صَارَتْ سَبْعَةً، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا (فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ كَسْبِهِ، وَالْبَاقِي لِلْوَرَّةِ) وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ .

٢٦٤١ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا لِإِنْسَانٍ) فَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ (مِنْ

الإنصاف

العبد بقدر ما عتق منه) وله من كسبه بقدر ذلك . فإن كانت قيمته مائة ، فكسب تسعة ، فاجعل له من كل دينار شيئاً ، فقد عتق منه مائة شيء^(١) ، وله من كسبه تسعة أشياء ، ولهم مائتا شيء ، فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلاثمائة وتسعة ، وله من كسبه مثل ذلك ، ولهم مائتا جزء من كسبه . فإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه ، صرفا في الدين ، ولم يعتق منه شيء ؛ لأن الدين مقدم على التبرع ، وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه ، صرف من العبد وكسبه ما يقضى به الدين ، وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه . فعلى هذا ، لو كان على الميت دين بقيمة العبد ، صرف فيه نصف العبد [٢٦٠/٥] ونصف كسبه ، وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين ، وكذلك بقية الكسب . فإن كسب العبد مثل قيمته ، وللسيد مال بقدر الكسب ، قسمت العبد ومثل قيمته على الأشياء الأربعة ، لكل شيء ثلاثة أرباع ، فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه .

فصل : وإن أعتق عبداً قيمته عشرون ، ثم أعتق عبداً قيمته عشرة ، فكسب كل واحد منهما مثل قيمته ، أكملت الحرية في العبد الأول ، فيعتق

الشرح الكبير

منه شيء، وله من كسبه شيء، وللورثة شيان، ويُقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة، لكل شيء خمسة عشر، فيعتق منه بقدر ذلك، وهو ثلاثة أرباعه، وله ثلاثة أرباع كسبه، والباقي للورثة. وإن بدأ يعتق الأذنى، عتق كله، وأخذ كسبه، ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق، وهو نصفه ونصف كسبه، ويقتى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين، فيعتق رُبُعَه، وله رُبُع كسبه، ويرق ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه، وذلك مثلاً ما عتق منهما. وإن أعتق العبدين دفعة واحدة، أقرعنا بينهما، فمن خرجت له قرعة الحرية، فهو كما لو بدأ باعْتاقه.

فصل : فإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، وعليه دينٌ بقدر قيمة أحدهم، وكسب أحدهم مثل قيمته، أقرعنا بينهم لإخراج الدين، فإن وقعت على غير المكتسب، (بيع في الدين، ثم أقرعنا بين المكتسب والآخر لأجل الحرية، فإن وقعت على غير المكتسب)، عتق كله، والمكتسب وماله للورثة، وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب، عتق منه ثلاثة أرباعه، وله ثلاثة أرباع كسبه، وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة، كما قلنا فيما إذا كان للسيد مالٌ بقدر قيمته. ولو وقعت قرعة الدين ابتداءً على المكتسب، لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه، ثم

الإنصاف

أَقْرَعْنَا بَيْنَ بَاقِيهِ وَبَيْنَ الْعَبْدَيْنِ الْآخَرَيْنِ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِهِ عَتَقَ كُلَّهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ مَا بَقِيَ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُكَتَسَبِ عَتَقَ بَاقِيَهُ ، وَأَخَذْنَا بَاقِيَ كَسْبِهِ ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ لِإِنْتِصَامِ الثُّلْثِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهَا ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِلْوَرَثَةِ .

فصل : رجلٌ أعتقَ عَبْدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْ الْقِيَمَةِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَا مَالَ [٢٦٠/٥ ظ] لَهُ غَيْرُهُمَا ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا فِي حَيَاتِهِ ، أُقْرِعَ بَيْنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ ، فَالْحَيُّ رَقِيقٌ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَيِّتَ نِصْفُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّ مَعَ الْوَرَثَةِ مِثْلَى نِصْفِهِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْحَيِّ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَلَا يُحْسَبُ الْمَيِّتُ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ .

فصل : رجلٌ أعتقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَمَاتَ قَبْلَ سَيِّدِهِ وَخَلَفَ عِشْرِينَ ، فَهِيَ لِسَيِّدِهِ بِالْوَلَاءِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مَاتَ حُرًّا . وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَفَ أَرْبَعِينَ وَبَنَاتًا . وَإِنْ خَلَفَ عَشْرَةً ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، وَقَدْ حَصَلَ فِي يَدِ سَيِّدِهِ عَشْرَةٌ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ^(١) ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ نِصْفَهُ حُرٌّ ، وَبَاقِيَهُ رَقِيقٌ ، وَالْعَشْرَةُ يَسْتَحِقُّهَا السَّيِّدُ ، نِصْفُهَا بِحُكْمِ الرِّقِّ ، وَنِصْفُهَا بِالْوَلَاءِ . فَإِنْ خَلَفَ الْعَبْدُ ابْنًا ، فَلَهُ مِنْ رَقَبَتِهِ شَيْءٌ ، وَمِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ لِإِيْنِهِ بِالْمِيرَاثِ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، فَتُقَسَّمُ الْعَشْرَةُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِلابْنِ ثُلُثُهَا ، وَلِلسَّيِّدِ ثُلَاثُهَا ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ ثُلُثَهُ . وَإِنْ خَلَفَ بَنَاتًا ، فَلَهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلسَّيِّدِ شَيْئَانِ ،

فَصَارَتِ الْعَشْرَةُ عَلَى خَمْسَةٍ ، لِلْبَيْتِ خُمْسُهَا ، وَلِلسَّيِّدِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا ،
تَعْدُلُ شَيْئَيْنِ^(١) ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ خُمْسَ الْعَبْدِ مَاتَ حُرًّا . وَإِنْ خَلَّفَ الْعَبْدُ
عِشْرِينَ وَابْنًا ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، يَكُونَانِ لَابْنِهِ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ،
فَصَارَتِ الْعِشْرُونَ بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ ابْنِهِ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ مِنْهُ نِصْفَهُ .
فَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، ^(٢) وَكَانَ^(٣) ابْنُ مُعْتَقِهِ^(٤) ، وَرِثَهُ السَّيِّدُ ؛
لَأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ حُرًّا ، لَكُونَ السَّيِّدُ مَلِكُ عِشْرِينَ ، وَهُوَ مِثْلًا قِيَمَتِهِ ،
فَعَتَقَ ، وَجَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ إِلَى سَيِّدِهِ فَوَرِثَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْإِبْنُ ابْنُ مُعْتَقِهِ^(٥) ،
لَمْ يَنْجَرَّ وَلَاؤُهُ ، وَلَمْ يَرِثْهُ سَيِّدُ أَبِيهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ خَلَّفَ هَذَا الْإِبْنُ
عِشْرِينَ وَلَمْ يُخَلِّفْ أَبُوهُ شَيْئًا ، أَوْ مَلَكَ السَّيِّدُ عِشْرِينَ مِنْ أَىِّ جِهَةٍ كَانَتْ .
وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ عِشْرِينَ ، لَمْ يَنْجَرَّ وَلَاؤُ الْإِبْنِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ لَمْ يَعْتَقْ ، وَإِنْ
عَتَقَ بَعْضُهُ جَرَّ مِنْ وَلَاؤِ ابْنِهِ بِقَدْرِهِ ، فَلَوْ خَلَّفَ الْإِبْنُ عَشْرَةَ ، وَمَلَكَ السَّيِّدُ
خَمْسَةً ، فَإِنَّكَ تَقُولُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَيَجُرُّ مِنْ وَلَاؤِ ابْنِهِ مِثْلَ ذَلِكَ ،
وَيَحْصُلُ لَهُ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ مَعَ خَمْسَةٍ ، وَهَما يَعْدِلَانِ شَيْئَيْنِ ، وَبَاقِي
الْعَشْرَةِ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ مَوْلَى الْأُمِّ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ
أَنَّهُ قَدْ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ نِصْفَهُ ، وَيَحْصُلُ لِلْسَّيِّدِ خَمْسَةٌ مِنْ مِيرَاثِ ابْنِهِ .
وَكَانَتْ لَهُ خَمْسَةٌ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ فِي

(١) فِي م : ١١ سِتِينَ .

(٢ - ٣) فِي م : ١٢ كَانَ .

(٣) فِي م : ١٣ مُعْتَقَةٌ .

وَأِنْ أُعْتِقَ جَارِيَةٌ ثُمَّ وَطَّئَهَا، وَمَهْرُ مِثْلِهَا نِصْفُ قِيمَتِهَا، فَهُوَ كَمَا
لَوْ كَسَبَتْ نِصْفَ قِيمَتِهَا، يَعْتِقُ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا .
وَلَوْ وَهَبَهَا مَرِيضًا آخَرَ لَا مَالَ لَهُ أَيْضًا، فَوَهَبَهَا الثَّانِي لِلأَوَّلِ، صَحَّتْ
هَبَةُ الأَوَّلِ فِي شَيْءٍ ، وَعَادَ إِلَيْهِ بِالْهَبَةِ الثَّانِيَةِ ثُلُثُهُ ، بَقِيَ لَوَرَثَةِ الآخِرِ
ثُلَاثَا شَيْءٍ ، وَلِلأَوَّلِ شَيْئَانِ ، فَلَهُمْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا ، وَلَوَرَثَةِ الثَّانِي
رُبْعُهَا .

المقنع

[٢٦١/٥] حَيَاةُ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ وَخَلَّفَ مَالًا ، وَحَكَمْنَا بِعِتْقِ الأبِ
أَوْ عِتْقِ بَعْضِهِ ، وَرِثَ مَالُ ابْنِهِ ^(١) إِنْ كَانَ حُرًّا ، أَوْ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ
إِنْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا ، وَلَمْ يَرِثْ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا . وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ خِلَافٌ
تَرَكْنَا ذِكْرَهُ مَخَافَةَ التَّطْوِيلِ .

الشرح الكبير

٢٦٤٢ - مسألة : (وَإِنْ أُعْتِقَ جَارِيَةٌ) لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا (ثُمَّ وَطَّئَهَا ،
وَمَهْرُ مِثْلِهَا نِصْفُ قِيمَتِهَا ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَسَبَتْ نِصْفَ قِيمَتِهَا ، يَعْتِقُ مِنْهَا
ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ .

٢٦٤٣ - مسألة : (وَإِنْ وَهَبَهَا مَرِيضًا آخَرَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، ثُمَّ
وَهَبَهَا الثَّانِي لِلأَوَّلِ) وَمَاتَا جَمِيعًا ، فنَقُولُ : (صَحَّتْ هَبَةُ الأَوَّلِ فِي شَيْءٍ ،
وَعَادَ إِلَيْهِ بِالْهَبَةِ الثَّانِيَةِ ثُلُثُهُ ، بَقِيَ لَوَرَثَةِ الثَّانِيِ ثُلَاثَا شَيْءٍ ، وَلَوَرَثَةِ الأَوَّلِ
شَيْئَانِ) فَاضْرِبْنَاهَا فِي ثُلُثِهِ لِيَزُولَ الْكُسْرُ ، يَكُنْ ثَمَانِيَةَ أَشْيَاءَ ، تَعْدِلُ الأَمَةُ

الإنصاف

(١) فِي م : « أَبِيهِ » .

المَوْهُوبَةَ ، فَلَوْرَثَةُ الْوَاحِبِ الْأَوَّلُ (ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا) سِتَّةٌ ، (وَلَوْرَثَةُ الثَّانِي رُبْعُهَا) شَيْئَانِ ، وَإِنْ شِئَتْ قُلْتُ : الْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَلَاثَةٍ ^(١) ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ صَحَّتْ فِي ثُلْثِ الْمَالِ ، وَهَبَةُ الثَّانِي صَحَّتْ فِي ثُلْثِ الثُّلْثِ ، فَتَكُونُ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، أَضْرِبْنَاهَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ تِسْعَةً ، أَسْقِطِ السَّهْمَ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهِبَةُ الثَّانِيَةُ ؛ لِأَنَّا لَوْ رَدَدْنَاهُ عَلَى الْأَوَّلِ لَوَجَبَ رَدُّهُ عَلَى جَمِيعِ السَّهَامِ الْبَاقِيَةِ ، إِذْ يَلْزَمُ مِنْ زِيَادَةِ الْبَاقِي لِلوَاحِبِ الْأَوَّلِ زِيَادَةُ الْجُزْءِ الَّذِي صَحَّتْ فِيهِ الْهِبَةُ الْأُولَى ، فَيَسْقُطُ كَمَا يَسْقُطُ الْبَاقِي فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ؛ إِذِ الْعِلَّةُ فِي إِسْقَاطِهِ ثُمَّ أَنَّا لَوْ رَدَدْنَاهُ لَرَدَدْنَاهُ عَلَى جَمِيعِ السَّهَامِ بِالسَّوِيَّةِ ، فَإِذَا أَسْقَطْنَا ذِكْرَهُ ، عَادَ عَلَى جَمِيعِ السَّهَامِ بِالسَّوِيَّةِ ^(٢) كَذَلِكَ هُنَا ، إِذَا أَسْقَطْنَا هَذَا السَّهْمَ بَقِيَتِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا .

فُصُولٌ فِي هِبَةِ الْمَرِيضِ : رَجُلٌ وَهَبَ أَخَاهُ مِائَةَ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فَقَبَضَهَا ثُمَّ مَاتَ وَخَلَّفَ بَنَاتًا ، فَقَدْ صَحَّتْ الْهِبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَالْبَاقِي لِلوَاحِبِ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ بِالْمِيرَاثِ نِصْفُ الشَّيْءِ الَّذِي جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِ ، صَارَ مَعَهُ مِائَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَغْدِلُ [٢٦١/٥ ظ] شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمُسًا ذَلِكَ أَرْبَعُونَ ^(٣) ، رَجَعَ إِلَى الْوَاحِبِ نِصْفُهَا عِشْرُونَ ، صَارَ مَعَهُ ثَمَانُونَ ، وَبَقِيَ لَوْرَثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ عِشْرُونَ . وَطَرِيقُهَا بِالْبَابِ ^(٣) أَنْ تَأْخُذَ عَدَدًا لثَلَاثَةِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « ثَمَانِيَةٌ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَيْ بَابُهَا فِي الْحِسَابِ .

نِصْفٌ ، وَهُوَ سِتَّةٌ ، فَتَأْخُذُ ثَلَاثُهُ اثْنَيْنِ ، وَتُلْفَى نِصْفُهُ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فَهُوَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَيَبْقَى لِلْوَاهِبِ أَرْبَعَةٌ ، فَتَقْسَمُ الْمِائَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ ، وَالسَّهْمُ الَّذِي أَسْقَطْتَهُ لَا يُذَكَّرُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى جَمِيعِ السُّهُامِ الْبَاقِيَةِ بِالسُّوِيَّةِ ، فَيَجِبُ اطِّرَاحُهُ ، كَالسُّهُامِ الْفَاضِلَةِ عَنِ الْفُرُوضِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ . (١) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا (٢) . وَلَوْ كَانَ (٣) تَرَكَ ابْنَتَيْنِ ، ضَرَبَتْ ثَلَاثَةٌ فِي ثَلَاثَةٍ ، صَارَتْ تِسْعَةً ، وَأَسْقَطْتُ مِنْهُمَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهِيَ الَّتِي تَبْقَى لَوَرَثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَتَبْقَى سِتَّةٌ لِلْوَاهِبِ ، وَهِيَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِ . وَإِنْ خَلَّفَ امْرَأَةً وَبَنَاتًا ، فَمَسْأَلَتُهَا مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، نَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، يَسْقُطُ مِنْهَا الثَّلَاثَةُ الَّتِي وَرَثَهَا الْوَاهِبُ ، يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَيَأْخُذُ ثُلُثُ الْأَرْبَعَةِ وَالْعِشْرِينَ وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ ، يُلْفَى مِنْهَا الثَّلَاثَةُ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فَهِيَ (٤) الْبَاقِيَةُ لَوَرَثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْبَاقِي لِلْوَاهِبِ ، فَتَقْسَمُ الْمِائَةُ عَلَى هَذِهِ السُّهُامِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلًا جَارِيَةً ، فَقَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ وَوَطَّئَهَا ، وَمَهَرُ مِثْلِهَا (٥) ثُلُثُ قِيمَتِهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ وَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَاهَا ، وَقِيمَتُهَا ثَلَاثُونَ ، وَمَهْرُهَا عَشْرَةٌ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهِبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا ثُلُثُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَ لِلْوَاهِبِ أَرْبَعُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ

(١ - ١) سقط من : ر ٢ ، م .

(٢) سقط من : ر ٢ ، م .

(٣) في ر ٢ ، م : « في » .

(٤) في م : « مهرها » .

وقابل ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ، خُمُسُ ذَلِكَ وَعُشْرُهُ ، وهو اثْنَا عَشَرَ وَذَلِكَ خُمُسًا الْجَارِيَةِ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَيَتَقَى لِلْوَإِهِبِ ^(١) ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهَا ، وله على الْمُؤْهُوبِ له ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ مَهْرُهَا وهو سِتَّةٌ . ولو كَانَ الْوَاطِئُ أَجْنَبِيًّا فَكَذَلِكَ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَهْرُهَا ، ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ لِلْوَإِهِبِ ، وَخُمُسَاهُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، إِلَّا أَنْ نَفُوزَ ^(٢) الْهَبَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْهَا مَوْقُوفٌ عَلَى حُصُولِ الْمَهْرِ مِنَ الْوَاطِئِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ شَيْءٌ لَمْ تَزِدِ الْهَبَةُ عَلَى ثُلُثِهَا . وَكَلَّمَا حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ نَفَذَتِ الْهَبَةُ فِي الزِّيَادَةِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ . فَإِنْ وَطَّئَهَا الْوَإِهِبُ ، فَعَلَيْهِ ^(٣) مِنْ عُقْرِهَا ^(٤) بِقَدْرِ مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ شَيْءٍ يَتَقَى مَعَهُ ثَلَاثُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثُلُثًا ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةٌ ، وَهُوَ خُمُسُ الْجَارِيَةِ وَعُشْرُهَا ، وَسَبْعَةُ أَغْشَارِهَا لَوَرَثَةِ الْوَاطِئِ ، وَعَلَيْهِ عُقْرُ الَّذِي جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ثُلُثُهُ ^(٥) ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْجَارِيَةِ بِقَدْرِهَا ، صَارَ لَهُ خُمُسَاهَا .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ [٥/٢٦٢ و] الْوَإِهِبَ ، قِيلَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْدِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُسَلِّمَهُ . فَإِنْ اخْتَارَ تَسْلِيمَهُ سَلَّمَهُ كُلَّهُ ، نِصْفَهُ بِالْجَنَائَةِ ، وَنِصْفَهُ لانتِاقصِ الْهَبَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ

(١) فِي م : « لِلْوَارِثِ » .

(٢) فِي م : « تَعُودُ » .

(٣) فِي ر ٢ ، م : « عَلَيْهَا » .

(٤) الْعُقْرُ بضم العين : مهر المرأة إذا وطئت على شبهة .

(٥) فِي م : « ثَلَاثَةٌ » .

العَبْدَ كُلَّهُ قَدْ صَارَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاهِبِ ، وَهُوَ مِثْلًا نِصْفُهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْهَبَةَ جَازَتْ فِي نِصْفِهِ . فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَقْدِرُهُ بِأَقَلِّ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ نَصِيبِهِ فِيهِ أَوْ أَرْضِ جِنَائَتِهِ . وَالْأُخْرَى ، يَقْدِرُهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ أَرْضِ جِنَائَتِهِ ، بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ . فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ دِيَّةً ، فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ . وَتَدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفَ الْعَبْدِ وَقِيَمَةَ نِصْفِهِ ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الشَّيْءَ نِصْفُ الْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ دِرْهَمَيْنِ ، وَاخْتَارَ دَفْعَهُ ، فَإِنَّ الْهَبَةَ تَجُوزُ فِي شَيْءٍ ، وَتَدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفَهُ ، وَيَبْقَى مَعَهُمْ عَبْدٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَاهُ ، وَتَرُدُّ إِلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ لِانْتِقَاصِ ^(١) الْهَبَةِ ، وَخُمْسًا مِنْ أَجْلِ جِنَائَتِهِ ، فَيَصِيرُ لَهُمْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَدَاهُ بِخُمْسَى الدِّيَّةِ ^(٢) وَيَبْقَى لَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ وَخُمْسَا الدِّيَّةِ ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ خُمْسِهِ ، وَيَبْقَى لَهُ خُمْسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ نِصْفَ الدِّيَّةِ ^(٣) أَوْ أَقَلَّ ، وَقُلْنَا : يَقْدِرُهُ بِأَرْضِ جِنَائَتِهِ . نَفَذَتْ الْهَبَةُ فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَهَا أَكْثَرُ مِنْ مِثْلَى قِيَمَتِهِ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ الدِّيَّةِ ، فَاخْتَارَ فِدَاءَهُ بِالْدِّيَّةِ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَقْدِرُهُ بِشَيْءٍ وَثَلَاثَيْنِ ، فَصَارَ مَعَ الْوَرَثَةِ عَبْدٌ وَثَلَاثُ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ ، فَتَصِحُّ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْوَاهِبِ رُبْعُهُ مِائَةً وَخُمْسُونَ ،

(١) فِي م : لَا انْتِقَاضَ .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون ، صار الجميع تسعمائة ، وهو مثلاً ما صحت الهبة فيه . فإن ترك الواهب مائة دينار ، فاضمها إلى قيمة العبد ، فإن اختار دفع العبد ، دفع ثلثه ورُبْعَه ، وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاص^(١) الهبة ، فيصير للورثة العبد والمائة ، وذلك مثلاً^(٢) ما جازت الهبة فيه . وإن اختار الفداء ، فقد علمت أنه يفدى ثلاثة أرباعه إذا لم يترك شيئاً ، فرد على ذلك ثلاثة أرباع المائة ، يصير ذلك سبعة أثمان العبد ، فيفديه بسبعة أثمان الدية .

فصل في إعتاق المريض : مريض [٢٦٢/٥ ط] أعتق عبداً لا مال له^(٣) سواه ، قيمته مائة ، فقطع إصبع سيده خطأ ، فإنه يعتق نصفه ، وعليه نصف قيمته ، ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته ، وذلك مثلاً ما عتق منه ، وأوجبنا نصف قيمته عليه ؛ لأن عليه من أرض جنايته بقدر ما عتق منه ، وحسابها أن تقول : عتق منه شيء ، وعليه شيء للسيد ، فصار مع السيد عبد إلا شيئاً ، وشيء يعدل شيئين ، فأسقط شيئاً^(٤) بشيء ، بقي ما معه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه . وإن كانت قيمة العبد مائتين ، عتق خمساه ؛ لأنه يعتق منه شيء ، وعليه نصف شيء للسيد ، فصار للسيد نصف شيء ، وبقيّة العبد تعدل شيئين ، فتكون بقيّة العبد

(١) في الأصل : « لانتقاص » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « العبد » .

تَعْدِلُ شَيْئًا وَنِصْفًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَالشَّيْءُ الَّذِي عَتَقَ خُمْسَاهُ .
وإن كانت قِيمَتُهُ خَمْسِينَ أَوْ أَقَلَّ ، عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ مِائَةٌ ، وَهِيَ مِثْلَاهُ
أَوْ أَكْثَرُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ شَيْئَيْنِ ، قُلْنَا : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ وَثُلَاثَا
شَيْءٍ لِلسَّيِّدِ ، مَعَ بَقِيَّةِ الْعَبْدِ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ إِذَا ثُلُثُ شَيْءٍ ،
فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسُ ، إِلَّا أَنَّ مَا زَادَ مِنَ الْعِتْقِ عَلَى
الثُّلُثِ ، يَنْبَغِي أَنْ يَقِفَ عَلَى أَدَاءِ مَا يَقَابِلُهُ مِنَ الْقِيَمَةِ ، كَمَا إِذَا دَبَّرَ عَبْدًا وَلَهُ
دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ غَرِيمٍ لَهُ ، فَكَلَّمَا اقْتَضَى مِنَ الْقِيَمَةِ شَيْئًا عَتَقَ مِنَ الْمَوْقُوفِ
بَقَدَرِ ثُلُثِهِ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَةٌ وَالْآخَرُ مِائَةٌ
وْخَمْسُونَ ، فَجَنَى الْأَذْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ جِنَايَةً نَقَصَتْهُ ثُلُثُ قِيَمَتِهِ ، وَأَرْشُهَا
كَذَلِكَ فِي حَيَاةِ ^(١) السَّيِّدِ ، ثُمَّ مَاتَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى
الْجَانِي ، عَتَقَ مِنْهُ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَعَلَيْهِ مِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَبَقِيَ
لِوَرَثَةِ سَيِّدِهِ خُمْسُهُ وَأَرْشُ جِنَايَتِهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ ، وَذَلِكَ مِائَةٌ وَسِتُّونَ ،
وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ
شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بِقَدَرِ نِصْفِ قِيَمَتِهِ ، بَقِيَ لِلْسَّيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَّةُ
الْعَبْدَيْنِ ^(٢) تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَعَلِمْتُ أَنَّ بَقِيَّةَ الْعَبْدَيْنِ تَعْدِلُ شَيْئًا وَنِصْفًا ،
فَإِذَا أَصْفَتْ إِلَى ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي عَتَقَ ، صَارَا جَمِيعًا يَعْدِلَانِ شَيْئَيْنِ

(١) فِي النسخ : « جِنَايَةٌ » وَالمثبت كما فِي الْمغْنَى ٥٠٧/٨ .

(٢) فِي م : « الْعَبْدُ » .

الشرح الكبير

وَنِصْفًا ، فَالشَّيْءُ الْكَامِلُ خُمُسَاهُمَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ أَحَدُهُمَا . وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى [٥/٢٦٣ و] الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَلَهُ ثُلُثُ أَرْضِ جَنَانِيَّتِهِ ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ، وَذَلِكَ تُسْعُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَنْ ثُلُثُهُ حُرٌّ تَضْمَنُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ ، وَالْوَاجِبُ مِنَ الْأَرْضِ يَسْتَعْرِقُ قِيَمَةَ الْجَانِي ، فَيَسْتَحِقُّهَا ، وَلَا يَبْقَى لِسَيِّدِهِ مَالٌ سِوَاهُ ، فَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرْقُ ثُلَاثًا . فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا خَمْسُونَ ، وَالْآخَرُ قِيَمَتُهُ ثَلَاثُونَ ، فَجَنَى الْأَذْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ فَتَقَصَّصَهُ حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ أَرْبَعِينَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِلْأَذْنَى ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ ثُلُثُ شَيْءٍ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَيْنِ شَيْئَانِ وَثُلَاثَانِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِمَا ، وَقِيَمَتُهُمَا سَبْعُونَ ، فَثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِمَا سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٌ ، وَهِيَ مِنَ الْأَذْنَى نِصْفُهُ وَرُبْعُهُ وَثُمْنُهُ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَحَقُّهُ مِنَ الْجِنَايَةِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي ، فَيَأْخُذُهَا أَوْ يَقْدِرُهَا الْمُعْتَقُ . وَقَدْ بَقِيََتْ ^(١) فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ ، وَفِيمَا ذَكَرْنَا مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَكُلُّ مَوْضِعٍ زَادَ الْعِتْقُ عَلَى ثُلُثِ الْعَبْدَيْنِ مِنْ أَجْلِ وَجُوبِ الْأَرْضِ لِلْسَيِّدِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَوْثُوقَةً عَلَى أَدَاءِ الْأَرْضِ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإنصاف

(١) في م : « ثبت » .

وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِقَفِيزِ يُسَاوِي عَشْرَةً ، فَأُسْقِطَ قِيَمَةُ الرَّدِيِّ مِنْ قِيَمَةِ الْجَيِّدِ ، ثُمَّ انْسَبِ الثُّلُثَ إِلَى الْبَاقِي ، وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ ، تَجِدُهُ نِصْفَهَا ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي نِصْفِ الْجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيِّ ، وَيُطْلُ فِيمَا بَقِيَ .

٢٦٤٤ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِقَفِيزِ يُسَاوِي عَشْرَةً) وَهَذَا جِنْسٌ وَاحِدٌ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى تَصْحِيحِ الْبَيْعِ فِي جُزْءٍ مِنْهُ مَعَ التَّخْلُصِ مِنَ الرَّبَا ؛ لِكَوْنِهِ يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا ، فَالطَّرِيقُ فِي ذَلِكَ أَنْ (يُسْقِطَ قِيَمَةُ الرَّدِيِّ مِنْ قِيَمَةِ الْجَيِّدِ ، ثُمَّ يَنْسَبِ الثُّلُثُ إِلَى مَا بَقِيَ ، وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ ، وَذَلِكَ نِصْفُهَا ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي نِصْفِ الْجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيِّ ، وَيُطْلُ فِيمَا بَقِيَ) وَطَرِيقُ الْجَبْرِ أَنْ تَقُولَ : يَصِحُّ

فائدة : قوله : (وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِقَفِيزِ يُسَاوِي عَشْرَةً ، فَأُسْقِطَ قِيَمَةُ الرَّدِيِّ مِنْ قِيَمَةِ الْجَيِّدِ ، ثُمَّ انْسَبِ الثُّلُثَ إِلَى الْبَاقِي ؛ وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ ، تَجِدُهُ نِصْفَهَا ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي نِصْفِ الْجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيِّ ، وَيُطْلُ فِيمَا بَقِيَ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ شِئْتَ فِي عَمَلِهَا أَيْضًا ، فَانْسَبِ ثُلُثَ الْأَكْثَرِ مِنَ الْمُحَابَاةِ ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِيهِمَا بِالنِّسْبَةِ ، وَهُوَ هُنَا نِصْفُ الْجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيِّ . وَإِنْ شِئْتَ فَاضْرِبْ مَا حَابَاهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، يُلْغُ سِتِّينَ ، ثُمَّ انْسَبِ قِيَمَةَ الْجَيِّدِ إِلَيْهَا ، فَهُوَ نِصْفُهَا ، فَيَصِحُّ بَيْعُ نِصْفِ الْجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيِّ . وَإِنْ شِئْتَ فَقُلْ : قَدَرُ الْمُحَابَاةِ الثُّلُثَانِ ، وَمَخْرَجُهُمَا ثَلَاثَةٌ ، فَخُذْ لِلْمُشْتَرِي سَهْمَيْنِ مِنْهُ ، وَلِلْوَرَقَةِ أَرْبَعَةً ، ثُمَّ انْسَبِ الْمَخْرَجَ إِلَى الْكُلِّ بِالنِّصْفِ ، فَيَصِحُّ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِنِصْفِ الْآخَرِ . وَبِالْجَبْرِ ، يَصِحُّ بَيْعُ شَيْءٍ مِنَ الْأَعْلَى بِشَيْءٍ مِنَ الْأَدْنَى ، قِيَمَتُهُ ثُلُثُ شَيْءٍ مِنَ الْأَعْلَى ، فَتَكُونُ الْمُحَابَاةُ

الْبَيْعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَرْفَعِ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَذْنَى ، وَقِيمَتُهُ ثُلُثُ شَيْءٍ ، فَتَكُونُ الْمُحَابَاةُ بثلثي شَيْءٍ ، أَلْقَاهَا مِنَ الْأَرْفَعِ ، يَبْقَى قَفِيزٌ إِلَّا ثُلُثِي شَيْءٍ ، يَعْدِلُ مِثْلِي الْمُحَابَاةِ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلُثٌ ، فَإِذَا جَبَرْتَهُ ^(١) عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، وَالشَّيْءُ

بثلثي شَيْءٍ مِنْهُ ، فَأَلْقَاهَا مِنْهُ ، فَيَبْقَى قَفِيزٌ إِلَّا ثُلُثِي شَيْءٍ يَعْدِلُ مِثْلِي الْمُحَابَاةِ مِنْهُ ؛ وَهُوَ شَيْءٌ وَثُلُثُ شَيْءٍ ، فَإِذَا جَبَرْتَ وَقَابَلْتَ عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ نِصْفُ قَفِيزٍ . وَإِنَّمَا فُعِلَ هَذَا ؛ لِثَلَا يُفَضَّلَ إِلَى رَبِّهَا الْفَضْلُ . فَلَوْ كَانَ لَا يَحْصُلُ فِي ذَلِكَ رَبًّا ؛ مِثْلَ مَا لَوْ بَاعَهُ عَبْدًا يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، بِعَشْرَةٍ ، وَلَمْ تُجَزَّ الْوَرِثَةُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ بَيْعِ ثُلَاثِهِ بِالْعَشْرَةِ ، وَالثَّلَاثَانِ كَالِهَبَةِ ، فَيُرَدُّ الْأَجْنَبِيُّ نِصْفَهُمَا ؛ وَهُوَ عَشْرَةٌ ، وَيَأْخُذُ عَشْرَةً بِالْمُحَابَاةِ ؛ لِتَسْبِيحَتِهَا ^(٢) مِنْ قِيمَتِهِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَمَنْ وَافَقَهُ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ فِي نِصْفِهِ بِنِصْفِ ثَمَنِهِ ، كَالْأُولَى ^(٣) ؛ لِتَسْبِيحَةِ الثُّلُثِ مِنَ الْمُحَابَاةِ ، فَصَحَّ بِقَدْرِ النِّسْبَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُشْتَرِي سِوَى الْخِيَارِ . اخْتَارَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » . وَلَكَ عَمَلُهَا بِالْجَبْرِ ؛ فَتَقُولُ : يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي شَيْءٍ بثلثي شَيْءٍ ، فَيَبْقَى الْعَبْدُ إِلَّا ثُلُثِي شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئًا وَثُلَاثًا فَاجْبُرْ وَقَابِلْ ، يَبْقَى عَبْدٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ نِصْفُهُ ، فَيَصِحُّ بَيْعُ نِصْفِ الْعَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ تَدُورُ بِأَنَّ مَا نَفَذَ الْبَيْعُ فِيهِ خَارِجٌ مِنَ التَّرَكَّةِ ، وَمَا قَابَلَهُ مِنَ الثَّمَنِ دَاخِلٌ فِيهَا ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ مَا يَنْفَذُ فِيهِ الْبَيْعُ ، يَزِيدُ بِقَدْرِ زِيَادَةِ

(١) فِي م : « جَبَرَهُ » .

(٢) فِي الْأَصْل ، ط : « لِتَسْبِيحَتِهَا » .

(٣) فِي الْأَصْل : « كَالْأُولَى » .

وإن أصدق امرأة عشرة لا مال له غيرها ، وصداق مثلها خمسة ،
فماتت قبله ، ثم مات ، فلها بالصداق خمسة ، وشيء بالمحابة ،

المقنع

نصف القفيز ، فإن كانت قيمة الأذنَى خمسة عشر ، فإذا أسقطت قيمة
الرديء من قيمة الجيد ، يبقى خمسة عشر ، إذا نسبت إليهما الثلث يكون
ثلثيها ، فيصح البيع في ثلثي الجيد بثلثي الرديء ، فحصلت المحابة
بعشرة ، وذلك ثلث المال . فإن كان الأذنَى [٢٦٣/٥ ط] يساوي عشرين ،
صحت في جميع الجيد بجميع الرديء .

الشرح الكبير

٢٦٤٥ - مسألة : (وإن أصدق امرأة عشرة) في مرضه (لا مال
له غيرها ، وصداق مثلها خمسة ، ثم ماتت قبله ، ومات) بعدها ، ولا
مال لها سوى ما أصدقها ، دخلها الدور فتقول : (لها خمسة بالصداق ،
وشيء بالمحابة) ويبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء (ورجع إليهم بموتها

التركة ، وينقص بقدر نقصانها ، وتزيد التركة بقدر زيادة المقابل الداخل ،
ويزيد المقابل بقدر زيادة المبيع . وذلك دور . وعنه ، يصح البيع ، ويدفع بقية
قيمته عشرة^(١) ، أو يفسخ . قال الحارثي : وهو ضعيف . وأطلقهن . فعلى
المذهب ، لو كانت المحابة مع وارث ، صح البيع ، على الأصح ، في ثلثه ولا
محابة . وعلى الرواية الثالثة ، يدفع بقية قيمته عشرين ، أو يفسخ . وإذا أفصى
إلى إقالة بزيادة ، أو ربا فضل ، تعينت الرواية الوسطى ، كالمسألة التي ذكرت
أولا ، ونحوها .

الإنصاف

قوله : وإن أصدق امرأة عشرة لا مال له غيرها ، وصداق مثلها خمسة ، فماتت

(١) في ط : عشرين .

رَجَعَ إِلَيْهِ نِصْفُ [١٦٠] ذَلِكَ بِمَوْتِهَا ، صَارَ لَهُ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ إِلَّا
نِصْفَ شَيْءٍ يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرَهَا بِنِصْفِ شَيْءٍ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ
الشَّيْءُ ثَلَاثَةً ، فَلِوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ .

الشرح الكبير

نِصْفُ ذَلِكَ) وهو اثنان ونِصْفُ وَنِصْفُ شَيْءٍ (صار لهم سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ
إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرَهَا بِنِصْفِ شَيْءٍ وَقَابِلُ (فَرِذٌ عَلَى
الشَّيْئَيْنِ نِصْفَ شَيْءٍ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ تَغْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا ، فَالشَّيْءُ
ثَلَاثَةً ، فَلِوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ ، وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ ؛ لِأَنَّهَا كَانَ لَهَا خَمْسَةٌ وَشَيْءٌ ، وَذَلِكَ
ثَمَانِيَةً ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَتِهِ نِصْفُهَا ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ ، صَارَ لَهُمْ سِتَّةٌ ، وَلِوَرَثَتِهَا
أَرْبَعَةٌ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ تَرَكَ الزَّوْجُ خَمْسَةً أُخْرَى ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ
وَرَثَةِ الزَّوْجِ اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، تَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ
خَمْسَةٌ ، فَجَازَتْ لَهَا الْمُحَابَاةُ جَمِيعُهَا ، وَرَجَعَ جَمِيعُ مَا حَابَاهَا بِهِ إِلَى وَرَثَةِ
الزَّوْجِ ، وَبَقِيَ لَوَرَثَتِهَا صَدَاقٌ مِثْلُهَا . فَإِنْ كَانَ لِلْمَرْأَةِ خَمْسَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ
لِلزَّوْجِ شَيْءٌ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عَشْرَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، تَغْدِلُ
شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ ، فَيَكُونُ لَهَا بِالصَّدَاقِ تِسْعَةٌ مَعَ خَمْسَتِهَا أَرْبَعَةٌ
عَشَرَ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا مَعَ الدِّينَارِ الَّذِي بَقِيَ لَهُمْ ، صَارَ لَهُمْ

قَبْلَهُ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَلَهَا بِالصَّدَاقِ خَمْسَةٌ وَشَيْءٌ [٢٦٣/٢] بِالْمُحَابَاةِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ
نِصْفُ ذَلِكَ بِمَوْتِهَا ، صَارَ لَهُ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرَهَا
بِنِصْفِ شَيْءٍ ، وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً ، فَلِوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ ، وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ . وَهَذَا
بِلَا نِزَاعٍ .

وَأَنَّ مَاتَ قَبْلَهَا ، وَرِثَتُهُ ، وَسَقَطَتِ الْمُحَابَاةُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ،
تُعْتَبَرُ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثَّلَاثِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ .

المنع

ثَمَانِيَّةٌ ، وَلَوْ رِثَتْهَا سَبْعَةٌ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهَا ذَيْنِ ثَلَاثَةً ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ
الزَّوْجِ سِتَّةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ دِينَارَانِ وَخُمْسَانِ .
وَالْبَابُ فِي هَذَا أَنْ نَنْظُرَ مَا يَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، فَخُمْسَاهُ هُوَ الشَّيْءُ
الَّذِي صَحَّتِ الْمُحَابَاةُ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْجَبْرِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا ،
وَالشَّيْءُ هُوَ خُمْسَاهَا ، وَإِنْ شِئْتَ أَسْقَطْتَ خَمْسَةً ، وَأَخَذْتَ نِصْفَ مَا
بَقِيَ .

الشرح الكبير

٢٦٤٦ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا ، وَرِثَتُهُ ، وَسَقَطَتِ الْمُحَابَاةُ)
لِأَنَّ حُكْمَهَا فِي الْمَرَضِ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فِي أَنَّهَا لَا تَصِحُّ لَوَارِثٍ (وَعَنْهُ ،
تُعْتَبَرُ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثَّلَاثِ) لِأَنَّهَا مُحَابَاةٌ لِمَنْ تَجُوزُ لَهُ الصَّدَقَةُ عَلَيْهِ ،
فَاغْتَبِرْتُ مِنَ الثَّلَاثِ ، كُمُحَابَاةِ الْأَجْنَبِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا بَكْرٍ قَالَ : هَذَا قَوْلٌ
قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ .

وقوله : وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا ، وَرِثَتُهُ وَسَقَطَتِ الْمُحَابَاةُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ
مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ،
وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْخَاوِی الصَّغِيرِ » . وَصَحَّحَهُ
النَّاظِمُ . وَعَنْهُ ، تُعْتَبَرُ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثَّلَاثِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ : إِنَّهُ مَرْجُوعٌ عَنْهُ . لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ مِنْ تَارِيخٍ وَلَا غَيْرِهِ .
وَفِيهِ وَجْهٌ ، إِنَّ وَرَثَتَهُ ، فَوْصِيَّةٌ لَوَارِثٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَزِيَادَةُ مَرِيضٍ عَلَى

الإنصاف

فصل : وَلَوْ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ أُعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَتْهُ كَانَ

[٢٦٤/٥] **فصل :** قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَوْ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ أُعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ) وهو وَاَرِثُهُ (عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَتْهُ كَانَ إِقْرَارُهُ لَوَارِثِ) فَيَبْطُلُ عَنْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُرْتَبٌ عَلَى صِحَّةِ الْإِقْرَارِ ، وَلَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِلْوَارِثِ ، وَإِذَا بَطُلَ عَنْتَقَهُ ، سَقَطَ الْإِزْثُ . فَعَلَى هَذَا ، تَثَبَّتِ الْحُرِّيَّةُ وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ تَوْرِيثَهُ يُفْضِي إِلَى إِسْقَاطِ

مَهْرِ الْمَثَلِ مِنْ ثَلَاثِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَسْتَحِقُّهَا . صَحَّحَهَا ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . **الإنصاف** قال أحمدُ : هِيَ كَوْصِيَّةٌ لَوَارِثٍ .

فائدتان : إحداهما ، لو وهبها كل ماله ، فماتت قبله ، فلورثته أربعة أخماسه ، ولورثتها خمسُه . ويأتي في باب الخلع إذا خالعتها ، وحاباها ، أو خالعتها في مرض موتها . الثانية ، قال في « الأنصار » : له ثُبُسُ النَّاعِمِ وَأَكْلُ الطَّيِّبِ لِحَاجَتِهِ ، وَإِنْ فَعَلَهُ لَتَقْوِيَتِ الْوَرِثَةُ ، مُنْعٌ مِنْ ذَلِكَ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الْحَارِثِيُّ . وَفِي « الأنصار » أَيْضًا ، يُنْعَى إِلَّا بِقَدْرِ حَاجَتِهِ وَعَادَتِهِ ، وَسَلَمِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَدْرِكُ كَاتِلَافَهُ . وَجَزَمَ بِهِ الْحَلْوَانِيُّ فِي الْحَجَرِ . وَجَزَمَ بِهِ غَيْرُ الْحَلْوَانِيِّ أَيْضًا ، وَابْنُ شِهَابٍ . وَقَالَ : لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ مَالِهِ .

قوله : وَلَوْ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ أُعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْهُ ، ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ - وَالسَّامَرِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا - لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَتْهُ كَانَ إِقْرَارُهُ لَوَارِثٍ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : هَذَا أَقْيَسُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،

المقنع إقراره لوارث ، وكذلك على قياسه ، لو اشترى ذارجه المَحْرَم في مَرَضِهِ وَهُوَ وَاِثُّهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ فَقَبِلَهُ فِي مَرَضِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَعْتِقُ وَيَرِثُ .

الشرح الكبير تَوْرِيثُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِقْرَارِ لَمْ يَكُنْ وَاِثًّا ، فَوَجَبَ أَنْ يَرِثَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَصِرْ وَاِثًّا . وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ (لَوْ اشْتَرَى ذَا رَجِيمِهِ الْمَحْرَمِ فِي مَرَضِهِ وَهُوَ وَاِثُّهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ فَقَبِلَهُ فِي مَرَضِهِ) فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا سَوَاءً ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَذَكَرَ شَيْخُنَا^(١) ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَهُ بَغِيرِ عَوْضٍ ، كَالْهَبَةِ وَالْمِيرَاثِ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ ، وَيَرِثُ الْمَرِيضُ إِذَا مَاتَ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ . كَمَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةً ، فَلَا تَجْتَمِعُ مَعَ الْمِيرَاثِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَصِيَّةً لَاعْتَبِرَ مِنَ الثُّلْثِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ ،^(٢) وَجَعَلَ أَهْلَ الْعِرَاقِ عَتَقَ الْمُؤْهُوبِ وَصِيَّةً يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثُّلْثِ^(٣) . وَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ

الإنصاف وغيرهم .^(٢) وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الشَّرْحِ »^(٣) . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : مِنَ الثُّلْثِ . فَعَلَى الصَّحِيحِ الْمَنْصُوصِ ، لَوْ اشْتَرَى ابْنُهُ بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَهُوَ يُسَاوِي أَلْفًا ، فَقَدَّرُ الْمُحَابَاةَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ .

(١) في : المغنى ٤٧٩/٨ .

(٢ - ٢) مضروب عليها في الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : ١ .

الثُلُثِ ، سَعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَمْ يَرِثْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُحْتَسَبُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءٌ ، سَعَى فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ هِيَ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ ^(١) بَعْطِيَّةٌ أَوْ إِتْلَافٌ ، أَوْ التَّسَبُّبُ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَيْسَ بَعْطِيَّةٌ وَلَا إِتْلَافٌ لِمَالِهِ ، إِنَّمَا هُوَ

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، لَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى وَارِثِهِ ، صَحَّ ، وَعَتَقَ عَلَى وَارِثِهِ ، وَإِنْ دَبَّرَ ابْنَ عَمِّهِ ، عَتَقَ ، وَالْمَنْصُوصُ ، لَا يَرِثُ . وَقِيلَ : يَرِثُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ فِي آخِرِ حَيَاتِي . عَتَقَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَشْهُرُ أَنَّهُ يَرِثُ ، وَلَيْسَ عِتْقُهُ وَصِيَّةً لَهُ ، فَهُوَ وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِمَوْتِ قَرِيْبِهِ ، لَمْ يَرِثْهُ . ذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْقَاضِي : لِأَنَّهُ لَاحِقٌ لَهُ فِيهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ الْخِلَافُ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ عَلَى شَيْءٍ ، فَوُجِدَ وَهُوَ مَرِيضٌ ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ مَالِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : مِنْ ثُلَاثِهِ . وَيَأْتِي فِي آخِرِ كِتَابِ الْعِتْقِ ، لَوْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ . وَأَحْكَامُ آخَرُ .

قوله : وكذلك على قياسه ؛ لو اشترى ذارجه المَحْرَمَ في مَرَضِهِ ، وهو وارثه ، أو وَصَّى لَهُ بِهِ ، أَوْ هَبَ لَهُ ، فَقَبِلَهُ فِي مَرَضِهِ - يَعْنِي ، أَنَّهُ يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ ، عَلَى

(١) سقط من : م .

تَحْصِيلُ لَشَيْءٍ يَتَلَفُ بِتَحْصِيلِهِ ، فَأُشْبِهَ قَبُولَهُ لَشَيْءٍ لَا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ ، أَوْ لِمَا يَتَلَفُ بِيَقَاتِهِ فِي وَقْتٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَفَارَقَ الشَّرَاءَ ، فَإِنَّهُ تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ فِي ثَمَنِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا الْمَذْكُورُ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي مَوَاضِعَ : إِذَا وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ ، صَحَّ ، وَلَمْ تَكُنْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ بِمَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : هَذَا قَوْلُ أَحْمَدَ ، وَابْنِ [٥ / ٢٦٤ ط] الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ خِلَافَهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ وَوَرِثَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهِ عَلَى الرُّقِّ . فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِ إِذَا وَرِثَهُ . وَقَالَ أَبُو

قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَمَنْ تَبِعَهُ ^(١) . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : فِيمَا إِذَا قَبِلَ الْهَبَةَ أَوْ الْوَصِيَّةَ : هَذَا أَقْيَسُ - وَقَالَ الْقَاضِي : يَرِثُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَصَحَّحَهُ الشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ الشَّرَاءُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ . وَقِيلَ : يَصِحُّ الشَّرَاءُ ، وَيُبَاعُ . ذَكَرَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، إِذَا مَلَكَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِهَبَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ ، فَإِنَّهُمْ يَعْتِقُونَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فِيمَنْ رَأْسِ مَالِهِ فِي الْمَنْصُوصِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَقِيلَ : مِنَ الثُّلُثِ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » ،

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

يُوسُفَ ، وَ مُحَمَّدٌ ، لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ، وَيُحْتَسَبُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، وَإِنْ فَضِّلَ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ : يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَيَرِثُ ، كَالْمَوْهُوبِ وَالْمَوْرُوثِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لَكُونَهُ لَمْ يَجْعَلِ الْوَقْفَ وَصِيَّةً ، وَأَجَاذَهُ لِلْوَارِثِ ، فَهَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، فَيُجْعَلُ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ ، وَلَا وَصِيَّةً لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَاوَضَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِبْنَاءِ مَسْجِدٍ وَقَطْرَةٍ ، فِي أَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُهُ ذَلِكَ الْمِيرَاثُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ لَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَقِيلَ : يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ ، لَصَارَتْ وَصِيَّةً لَوَارِثِهِ ، فَتَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ ، وَيَبْطُلُ عَتَقُهُ وَإِزْنُهُ ، فَيُفْضَى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ ، فَكَانَ إِبْطَالُ تَوْرِيثِهِ أَوْلَى . وَقِيلَ عَلَى مَذْهَبِهِ : شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَهُ وَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ يَقِفُ خُرُوجُهَا مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ إِجَازَةُ الْوَرَثَةِ ، وَالْبَيْعُ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا . وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : مَرِيضٌ وَهَبَ لَهُ ابْنُهُ فَقَبَلَهُ ، وَقِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَفَ مَائَتِي دِرْهَمٍ وَابْنًا آخَرَ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ ، وَلَهُ مِائَةٌ وَلَأَخِيهِ مِائَةٌ . وَهَذَا

الإنصاف

وغيرهما . قُلْتُ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، لَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِالرَّحِمِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَعَنْهُ ، يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا . وَيَرِثُ

قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وقيل على قول الشافعي: لا يرث، والميتان كلها للابن الآخر. وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف نفسه ونصف المائتين، ويحتسب بقيمة نصفه الباقي من ميراثه. وإن كانت قيمته مائتين، وبقيّة التركة مائة، عتق من رأس المال، والمائة بينه وبين أخيه. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه؛ لأنه قدر ثلث التركة، ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث؛ لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة [٢٦٥/٥] مواضع؛ الرجل يعتق أمته على أن تزوجه. والمرأة تعتق عبداً على أن يتزوجها، فإيضاح ذلك. والعبد المرهون يعتقه سيده. والمشتري للعبد يعتقه^(١) قبل قبضه وهما مغيران. ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته، وهو حريرث. وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف التركة، وذلك ثلاثة أرباع رقبته، ويسعى في ربيع قيمته لأخيه. فإن وهب له ثلاث أخوات مفترقات لا مال له سواهن ولا وارث، عتقن من رأس المال. وهذا قول مالك. وإن كان اشتراهن فكذلك، فيما ذكره الخبري عن أحمد. وهو قول ابن

أيضاً. اختاره جماعة؛ منهم القاضي، وابنه أبو الحسين، وابن بكروس، والمجد، والحارثي، وغيرهم. قال في «المحرر» وغيره: فإذا أعتقناه من الثلث، وورثناه، فاشتري مريض أباه بضمن لا يملك غيره، وترك ابناً، عتق ثلث الأب على الميت، وله ولأوه، وورث بثلثه الحر من نفسه ثلث سدس باقيها

(١) في النسخ: «نصفه» وانظر المعنى ٤٨١/٨.

الماجشون ، وأهل البصرة ، وبعض أصحاب مالِك . وعلى قول القاضى ، يعتق ثلثهن ، فى أحد الوجهين . وهو قول مالِك . وفى الآخر ، يعتقن كلهن ؛ لكون وصية من لا وارث له جائزة فى جميع ماله ، فى أصح الروايتين . وإن ترك مالا يخرج من ثلثه ، عتقن وورثن . وقال أبو حنيفة : إذا اشتراه أو وهب له ، ولا مال له سواه ولا وارث ، عتقن ، وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت من الأم فى نصف قيمتها للأخت للأبوين ، وإنما لم ترثا ؛ لأنهما لو ورثتا ، لكان لهما «خمس الرقاب» ، وذلك رقة وخمس ، بينهما نصفين ، فكان يبقى عليهما سعاية ، وإذا بقيت عليهما سعاية ، لم ترثا ، وكانت لهما الوصية ، وهى رقة بينهما نصفين . وأما الأخت للأبوين ، فإذا ورثت عتقت ؛

الموقوف ، ولم يكن لأحد ولا على هذا الجزء ، وبقيت الثلثين إرث للأب يعتق عليه ، وله ولأوه . وإذا لم نورثه ، فولأوه بين ابنه وابن ابنه أثلاثا . قال فى «القاعدة السابعة والخمسين» : لو اشترى مريض أباه بثمن لا يملك غيره ، وهو تسعة دنانير ، وقيمة الأب ستة ، فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض ؛ محاباة البائع بثلث المال ، وعتق الأب ، إذا قلنا : إن عتقه من الثلث . وفيه وجهان ؛ أحدهما ، وهو قول القاضى فى «المجرد» ، وابن عقيل [٢٦٣/٢ ط] فى «الفصول» ، يتحصان . والثانى ، تنفذ المحاباة ، ولا يعتق الأب . وهو اختيار صاحب «المحرر» .

لأنَّ لها ثلاثة أخماس الرقاب ، وذلك أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، فَوَرِثَتْ وَبَطَلَتْ وَصِيَّتُهَا . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَعْتَقْنَ ، وَتَسْعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ لِلأَبِ وَالْأُخْتِ لِلأُمِّ لِلأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ فِي خُمُسَيِ قِيمَتِهَا ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا^(١) تَرِثُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ رَقَبَةٍ . وعلى قولِ الشافعيِّ ، لا يَعْتَقْنَ .

فصل : وإذا اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَبَاهُ بِأَلْفٍ لَمْ يَلَمْ لَهُ سِوَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ وَخَلَّفَ ابْنًا ، فعلى القولِ الَّذِي حَكَاهُ الْخَبَرِيُّ ، يَعْتَقُ كُلَّهُ عَلَى الْمَرِيضِ وَلَهُ وَلِأَوَاهُ . وعلى قولِ الْقَاضِي : يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ وَيَعْتَقُ الْبَاقِي عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَدُّهُ ، وَيَكُونُ ثُلُثٌ وَلِأَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي ، وَثُلَاثُ لَابِنِهِ . وهذا قولُ مَالِكٍ . وقيلَ : هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفةٌ : يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسْعَى لِلإِبْنِ فِي قِيَمَةِ ثُلُثَيْهِ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَعْتَقُ سُدُسُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ ، وَيَسْعَى فِي خُمُسَةِ أَسْدَاسٍ [٢٦٥/٥ ط] قِيَمَتِهِ لِلإِبْنِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وقيلَ عَلَى قولِ الشَّافِعِيِّ : يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الإِبْنُ عِتْقَهُ . وقيلَ : يُفْسَخُ فِي ثُلُثَيْهِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثُهُ ، وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ ؛ لِتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ . وقيلَ : لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتْلَفٌ . فَإِنْ تَرَكَ الْفَيْنَ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ سُدُسَ الْآلَفَيْنِ ، وَالْبَاقِي لِلإِبْنِ . وبهذا قال مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيْفَةٍ . وقيلَ : نَحْوُهُ قولُ الشَّافِعِيِّ . وقيلَ عَلَى قَوْلِهِ : يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وقيلَ :

شراؤه مفسوخ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرث الأب سدس التركة ، وهي ^(١) خمسماية ، يحتسب بها من رقبته ، ويسعى في نصف قيمته ، ولا وصية له . فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ، ومات وخلف أباه ، عتق كله بالشراء ، في الوجه الأول . وفي الثاني ، يعتق ثلثه بالوصية ، وثلثاه على جده عند الموت ، وولأوه بينهما أثلاثا . وبهذا قال مالك . وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الأب . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ، ويسعى في قيمة ثلثه للأب ولا يرث . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرث خمسة أسداسه ، ويسعى في قيمة سدسه . فإن ترك ألفين سواه ، عتق كله ، وورث خمسة أسداس الألفين ، وللأب السدس . وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف ، ومحمد : للأب سدس التركة خمسماية ، وباقيها للابن ، يعتق منها ويأخذ ألفا وخمسماية . وإن خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه ، فعلى الوجه الأول ، يعتق كله ويرث منه ، كأنه حر الأصل . وعلى الوجه الثاني ، يعتق منه بقدر ثلث التركة ، ويرث بقدر ما فيه من الحرية . فإن لم يخلف المشتري إلا أcha حرًا ولم يترك مالا ، عتق من رأس المال على الوجه الأول ، ويعتق ثلثه على الثاني ، ويرث الأخ ثلثيه ، ثم يعتق عليه . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه ، ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يعتق كله ، ولا سعاية . وإن خلف ألفين سواه ، عتق ، وورث الألفين ، ولا شيء للأخر في

الأقوال ، إلا فيما قيل على قول الشافعي : إنه يعتق ولا يرث . وقيل : شراؤه باطل . فإن اشترى ابنه بال ألف لا يملك غيره ، وقيمته ثلثا الألف ، وخلف ابنا آخر ، فعلى الوجه الأول ، يعتق من رأس المال ، ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن ، وله ثلث الباقي ؛ لأن المشتري حابه ولم يبق من التركة [٢٦٦/٥] سواه ، فيكون له ثلثه ، وهو تسع ألف ، ويرد التسعين ، فتكون بين الابنين ^(١) . وعلى الوجه الثاني ، يعتق ثلثه ، ويرث أخوه ثلثيه ، ويعتق عليه ، وللبائع ثلث المحابة ، ويرد ثلثيها ، فيكون ميراثا . وقال أبو حنيفة : الثلث للبائع ، ويسعى المشتري في قيمته لأخيه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها . وقال الشافعي : المحابة مقدمة لتقدمها ، ويرث الابن الحر أخاه فيملكه . وقيل : يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ، ولا تقدم المحابة ؛ لأن في تقديمها تقرير ملك الأب على ولده . وقيل : يفسخ البيع في جميعه . فإن كانت قيمته ^(٢) ثلث ألف ، فعلى الوجه الأول ، يعتق من رأس المال ، وتنفذ المحابة في ثلث الباقي ، وهو تسعا الألف ، ويرد البائع أربعة أضعاف الألف ، فتكون بين الابنين . وعلى الوجه الآخر ، يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، يقدم العتق على المحابة ، فيعتق

(١) في م : « الابنين » .

(٢-٢) في م : « ثلاثة آلاف » .

جَمِيعُهُ ، وَيَرُدُّ الْبَائِعُ ثُلْثِي الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالثَّانِي ، يَعْتَقُ ثُلْثَهُ ، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ ثُسْعَا الْأَلْفِ ، وَيَرُدُّ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْبَائِعِ بِالمُحَابَاةِ الثُّلُثُ ، وَيَرُدُّ الثُّلُثُ ، وَيَسْعَى الْإِبْنُ فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، يَرُدُّ الْبَائِعُ ثُلْثَ الْأَلْفِ ، « فَيَكُونُ لِلإِبْنِ الْحُرِّ ، وَيَعْتَقُ الْآخَرَ بِنَصِيْبِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ . وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : يَرُدُّ الْبَائِعُ ثُلْثَ الْأَلْفِ » ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَعَ الْمُشْتَرَى لِلإِبْنِ الْحُرِّ . وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، « وَقِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ » ، فَمَنْ أَعْتَقَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، جَعَلَهُ حُرًّا ، وَمَنْ جَعَلَ ذَلِكَ وَصِيَّةً ، أَعْتَقَ ثُلْثَهُ بِالشُّرَاءِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَمَنْ وَاَفَقَهُ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أَخِيهِ ، فَيَمْلِكُ مِنْ رَقَبَتِهِ قَدْرَ ثُلْثِي الثَّمَنِ ، وَذَلِكَ تُسْعَارُ قَبِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ قِيمَتِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلْثَيْهِ . وَقِيلَ : فِي جَمِيعِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَسْعَى لِأَخِيهِ فِي قِيمَةِ ثُلْثَيْهِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَسْعَى لَهُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْفَتْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ التَّرِكَةَ هِيَ الثَّمَنُ مَعَ الْآلَفَيْنِ ، وَالثَّمَنُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَيَعْتَقُ ، وَيَرِثُ نِصْفَ الْآلَفَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، التَّرِكَةُ قِيمَتُهُ مَعَ الْآلَفَيْنِ ، وَذَلِكَ خَمْسَةُ آلَافٍ . فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ مِنْهُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في الأصل : « قيمة ثلثة ألف » .

قَدَرْتُ ثُلُثَ ذَلِكَ ، [٢٦٦/٥ ظ] وهو أَلْفٌ وَثُلُثَا أَلْفٍ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ فِي أَلْفٍ وَثُلُثِ أَلْفٍ . وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ ، يَعْتَقُ مِنْهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ فِي خَمْسِمِائَةٍ . وَالْأَلْفَانِ لِأَخِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا .

فصل : ولو اشترى المريضُ ابْنِي عَمٍّ لَهُ بِأَلْفٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ ، فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، (ثُمَّ وَهَبَهُ أَخَاهُ) ، ثُمَّ مَاتَ وَخَلَفَهُمَا وَخَلَفَ مَوْلَاهُ ، فَإِنَّ قِيَاسَ قَوْلِ الْقَاضِي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنْ يَعْتَقَ ثُلُثَا الْمُعْتَقِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْمَوْلَى عِتْقَ جَمِيعِهِ ، ثُمَّ يَرِثُ بَثْلَتَيْهِ ثُلُثَيَّ بَقِيَّةِ التَّرَكَةِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَمَانِيَةَ أَتْسَاعِهِ ، وَيَبْقَى تِسْعُهُ وَثُلُثُ أَخِيهِ لِلْمَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ كُلَّهُ ، وَيَرِثَ أَخَاهُ ، فَيَعْتِقَانِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالْإِعْتِقَاقِ وَارثًا لثُلُثَيَّ التَّرَكَةِ ، فَتَنْفُذُ إِجَازَتِهِ فِي إِعْتِقَاقِ بَاقِيهِ ، فَتَكْمُلُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ ، ثُمَّ يَكْمُلُ لَهُ الْمِيرَاثُ . وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، يَعْتَقُ ثُلُثَاهُ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتِقَاؤُهُ وَصِيَّةً لَهُ ، فَيَبْطُلُ إِعْتِقَاؤُهُ ، ثُمَّ يَنْطَلُ إِرْثُهُ ، فَيُؤَدِّي تَوْرِيثَهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَيَبْقَى ثُلُثُهُ وَابْنُ الْعَمِّ الْآخَرُ لِلْمَوْلَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثُلُثَا الْمُعْتَقِ وَيَسْعَى فِي قِيَمَةِ ثُلُثِهِ ، وَلَا يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ أَخُوهُ بِالْهَبَةِ ، وَيَكُونُ أَحَقُّ بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْمَوْلَى . فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمَا ، أَخَذَا ذَلِكَ الْمَالَ بِالْمِيرَاثِ ، وَيَغْرُمُ الْمُعْتَقُ لِأَخِيهِ الْمَوْهُوبِ نِصْفَ قِيَمَةِ نَفْسِهِ وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ الْأَوَّلِ وَصِيَّةٌ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ،

الشرح الكبير

وقد صار وارثاً مع أخيه ، فَوَرِثَ نِصْفَ قِيَمَةِ رَقَبَتِهِ وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ ، وَوَرِثَ أَخُوهُ الْبَاقِي ، وَكَانَ أَخُوهُ الْمُؤْهُوبُ لَهُ هِبَةٌ مِنَ الْمَرِيضِ لَهُ ، فَيَعْتَقُ بَقَرَاتِهِ لَهُ ، وَلَمْ يَعْتَقْ مِنَ الْمَرِيضِ ، فَلَمْ يَكُنْ عِتْقُهُ وَصِيَّةً ، بَلِ اسْتَهْلَكَهَا بِالْعِتْقِ الَّذِي جَرَى فِيهَا فَيَعْرِمُ الْأَوَّلُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ لِأَخِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ لَمْ يَدَعْ وَارِثًا غَيْرَهُمَا ، عَتَقَ ^(١) ، وَغَرِمَ الْأَوَّلُ لِأَخِيهِ نِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ ، وَلَمْ يَعْرِمُ لَهُ نِصْفَ قِيَمَةِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَدَعْ وَارِثًا ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَرِثَانِ ، وَلَا يَعْتَقَانِ حَتَّى تَجُوزَ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى بَقِيَتْ عَلَيْهِ سَعَايَةٌ ، لَمْ يَرِثْ وَاحِدًا مِنْهُمَا ، وَلَمْ يَعْتَقْ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ تَنْفُذَ لِلْمُعْتَقِ وَصِيَّةً لِيَصِيرَ حُرًّا ، فَيَعْتَقُ أَخُوهُ بَعْتِقَهُ ، وَقَدْ جَازَتْ لَهُ الْوَصِيَّةُ فِي جَمِيعِ [٢٦٧/٥] رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا لَمْ يَدَعْ وَارِثًا ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَيَرِثَانِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : قَدْ صِرْتُ أَنَا وَأَنْتَ وَارِثَيْنِ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْئًا دُونِي ، وَقَدْ كَانَتْ رَقَبَتِي لَكَ وَصِيَّةً فَعَتَقْتَ مِنْ قِبَلِكَ ، فَاضْمَنْ لِي نِصْفَ رَقَبَتِي . فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، أَوْ هُنَاكَ مَالٌ غَيْرُهُمَا ، أَخَذَ الثَّانِي نِصْفَهُ ، ثُمَّ أَخَذَ مِنَ النِّصْفِ الثَّانِي نِصْفَ قِيَمَةِ نَفْسِهِ ، وَكَانَ مَا بَقِيَ مِيرَاثًا لِأَخِيهِ الْأَوَّلِ .

الإنصاف

(١) فِي الْمُنَى ٤٨٦/٨ : « عَتَقَا » .

المقنع وَلَوْ أُعْتَقَ أَمَتُهُ وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ ، لَمْ تَرِثْهُ عَلَى قِيَاسِ الْأَوَّلِ ،
وَقَالَ الْقَاضِي : تَرِثُهُ .

الشرح الكبير

٢٦٤٧ - مسألة : (وَلَوْ أُعْتَقَ أَمَتُهُ وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ) فَنَقَلَ
الْمَرْوُذِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَرِثُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا
تَرِثُ ؛ لِأَنَّ تَوْرِيثَهَا يُفْضِي إِلَى إِبْطَالِ عِتْقِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، وَإِبْطَالُ عِتْقِهَا
يُتَبَلَّغُ بِتَوْرِيثِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ فِي هَذِهِ الْحَالِ وَصِيَّةٌ بَمَا لَا يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ ،
فَيَجِبُ تَصْحِيحُهُ لِلوَارِثِ ، كَالْعَفْوِ عَنِ الْعَمْدِ فِي مَرَضِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُسْقِطُ
مِيرَاثَهُ ، وَلَا تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ .

الإيضاح

قوله : وَلَوْ أُعْتَقَ أَمَتُهُ وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ ، لَمْ تَرِثْهُ ، عَلَى قِيَاسِ الْأَوَّلِ . وهو
أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ شَاقِلَا فِي « تَعَالِيْقِهِ » ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيصِ » .
قُلْتُ : فَيُعَالَى بِهَا ، وَبِأَشْبَاهِهَا مِمَّا تَقَدَّمَ ؛ لَكَوْنِهِمْ لَيْسَ فِيهِمْ مِنْ مَوَانِعِ الْإِرْثِ
شَيْءٌ ، وَلَا يَرْتُون . وَقَالَ الْقَاضِي : تَرِثُهُ . وهو المذهب . نصُّ عليه . وَجَزَمَ بِهِ
فِي « الشَّرْحِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيِ
الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وهو
المذهبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو
جَعْفَرٍ .

فائدة : عِتْقُهَا يَكُونُ مِنَ الثُّلْثِ ؛ إِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلْثِ ، عَتَقَتْ ، وَصَحَّ
النِّكَاحُ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ ، عَتَقَ قَدْرَهُ ، وَبَطَلَ النِّكَاحُ ؛ لِإِنْتِفَاءِ شَرْطِهِ .

وَلَوْ أَعْتَقَهَا وَقِيمَتُهَا مِائَةٌ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا وَأَصْدَقَهَا مِائَتَيْنِ لَا مَالَ لَهُ
 سِوَاهُمَا ، وَهُمَا مَهْرٌ مِثْلُهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، صَحَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ تَسْتَحِقَّ
 الصَّدَاقَ ؛ لِأَنَّ الْيُفْضَى إِلَى بُطْلَانِ عِتْقِهَا ، ثُمَّ يَبْطُلُ [١٦٠ ظ]
 صَدَاقُهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَسْتَحِقُّ الْمِائَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٦٤٨ - مسألة : (ولو أعتقها وقيمتها مائة ، ثم تزوجها وأصدقها
 مائتين لا مال له سواهما ، وهما مهرٌ مثلها ، ثم مات ، صحَّ العتق ، ولم
 تستحقَّ الصَّدَاقَ ؛ لِأَنَّ الْيُفْضَى إِلَى بُطْلَانِ عِتْقِهَا ، ثُمَّ يَبْطُلُ صَدَاقُهَا . وَقَالَ
 الْقَاضِي : تَسْتَحِقُّ الْمِائَتَيْنِ) وَتَعْتَقُ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَصِيَّةٌ لَهَا ، وَهِيَ غَيْرُ وَارِثَةٍ ،
 وَالصَّدَاقُ اسْتَحَقَّتْهُ بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ ، وَهِيَ تَنْفُذُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَهُوَ كَمَا
 لَوْ تَزَوَّجَ أجنبيةً وَأَصْدَقَهَا الْمِائَتَيْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَسْقُطُ
 مَهْرُهَا ، وَلَا تَرِثُ ؛ لَكُونِهَا لَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَسُقُوطُ الْعِتْقِ فِي بَعْضِهَا
 يُبْطِلُ نِكَاحَهَا^(١) وَيُسْقُطُ مَهْرُهَا^(٢) ، فَأَسْقَطْنَا الْمَهْرَ وَالْمِيرَاثَ ، وَأَنْفَذْنَا
 الْعِتْقَ وَالنِّكَاحَ ، قَالَ شَيْخُنَا^(٣) : وَهَذَا أَوْلَى مِنَ الْقَوْلِ بِصِحَّةِ الْعِتْقِ

الإنصاف

قوله : ولو أعتقها وقيمتها مائة ، ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له
 سواهما ، وهى مهرٌ مثلها ، ثم مات ، صحَّ العتق ، ولم تستحقَّ الصَّدَاقَ ؛ لِأَنَّ الْيُفْضَى
 إِلَى بُطْلَانِ عِتْقِهَا ، ثُمَّ يَبْطُلُ صَدَاقُهَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ : هَذَا أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي :
 تَسْتَحِقُّ الْمِائَتَيْنِ ، وَتَعْتَقُ .

(١) فى م : مهرها .

(٢) فى م : نكاحها .

(٣) فى : المغنى ٤١٠/٨ .

المقنع وإن تبرّع بثُلث ماله ، ثم اشترى أباه من الثلثين ، فقال القاضي :

الشرح الكبير والصّدَاقُ جَمِيعًا ؛ لأنّه يُفْضَى إلى القولِ بِصَحَّةِ الْعِنَقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلَا خِلَافَ فِي فَسَادِ ذَلِكَ . وَلَوْ أَصْدَقَ الْمَائَتَيْنِ أَجْنَبِيَّةً ، صَحَّ ، وَبَطَلَ الْعِنَقُ فِي ثُلْثِي الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْخُرُوجَ مِنَ الثُّلْثِ مُعْتَبَرٌ بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، وَحَالَةِ الْمَوْتِ لَمْ يَنْتَقِ لَهُ مَالٌ . وَهَكَذَا لَوْ تَلَفَتِ الْمَائَتَانِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَنْفُذْ مِنْ عِنَقِ الْأَمَةِ إِلَّا الثُّلْثُ ، وَإِذَا بَطَلَ بَعْضُ عِنَقِهَا بِذَهَابِ الْمَائَتَيْنِ إِلَى غَيْرِهَا ، فَأَوْلَى أَنْ يَبْطُلَ بِذَهَابِهَا إِلَيْهَا ، وَبُطْلَانُ عِنَقِهَا يُبْطِلُ نِكَاحَهَا ، [٢٦٧/٥ ط] فَالْقَوْلُ بِسُقُوطِ الْمَهْرِ وَخَدِّهِ أَوْلَى .

٢٦٤٩ - مسألة : (وإن تبرّع بالثلث ، ثم اشترى أباه من الثلثين)
وله ابنٌ ، فعلى قول من قال : ليس الشراء بوصية . يعتق الأب ، وينفذ من التبرّع قدر ثلث المال حال الموت ، وما بقي فلا لب سُدُسُهُ وباقيه

الإنصاف فائدتان ؛ إحداهما ، لو تزوّج في مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَهْرٍ يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ، ففِي الْمُحَابَاةِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ مَوْقُوفَةٌ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَوَارِثٍ . وَالثَّانِيَةُ ، تَنْفُذُ مِنَ الثُّلْثِ . نَقَلَهَا الْمَرْوُذِيُّ ، وَالْأَثَرُمُ ، وَصَالِحٌ ، وَابْنُ مَنْصُورٍ ، وَالْفَضْلُ بْنُ زِيَادٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالْخَمْسِينَ » . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَصْدَقَ الْمَائَتَيْنِ أَجْنَبِيَّةً ، وَالحَالَةُ مَا ذَكَرَ ، صَحَّ ، وَبَطَلَ الْعِنَقُ فِي ثُلْثِي الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْخُرُوجَ مِنَ الثُّلْثِ مُعْتَبَرٌ بِحَالَةِ الْمَوْتِ . وَهَكَذَا لَوْ تَلَفَتِ الْمَائَتَانِ قَبْلَ مَوْتِهِ .
قوله : وإن تبرّع بثُلث ماله ، ثم اشترى أباه من الثلثين ، فقال القاضي : يصحّ الشراء . وَلَا يَغْتَقُ . لِأَنَّهُ جَعَلَ الشَّرَاءَ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَ الْمَرِيضِ إِنَّمَا يَنْفُذُ فِي الثُّلْثِ ، وَيُقَدَّمُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ . وَجَزَمَ بِهَذَا ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .

يَصِحُّ الشَّرَاءُ وَلَا يَعْتَقُ ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَ عَلَى الْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا مِنْ مِمَّنْ
يَعْتَقُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ فِي حَيَاتِهِ .

الشرح الكبير

للأبن . وعلى قول القاضي ، وَمَنْ جَعَلَهُ وَصِيَّةً ، لَا يَعْتَقُ الْأَبُ ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَ
الْمَرِيضِ إِنَّمَا يَنْفُذُ فِي الثُّلْثِ ، وَيُقَدَّمُ الْأَوَّلُ فَلِأَوَّلِ ، وَإِذَا قُدِّمَ التَّبَرُّعُ لَمْ
يَبْقَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ ، وَيَرِثُهُ الْإِبْنُ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَتَقَ
بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِنْ وُهِبَ لَهُ أَبُوهُ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَيْسَتْ
بِوَصِيَّةٍ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَرِثَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَعْتَقْ عَلَى قَوْلِ
القاضي ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْتَقْ بِالْمِلْكِ وَهُوَ أَقْوَى مِنَ الْإِعْتَاقِ بِالْقَوْلِ بِدَلِيلِ
نُفُوذِهِ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا يَنْفُذَ بِالْقَوْلِ . وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ
وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

الإنصاف

قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : لَيْسَ الشَّرَاءُ
بِوَصِيَّةٍ . يَعْتَقُ الْأَبُ ، وَيَنْفُذُ مِنَ التَّبَرُّعِ قَدْرُ ثُلْثِ الْمَالِ حَالَ الْمَوْتِ ، وَمَا بَقِيَ ،
فَلِلْأَبِ سُدُسُهُ ، وَبَاقِيهِ لِلْأَبْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، فِي هَذِهِ
الْمَسْأَلَةِ : قَالَ الْأَصْحَابُ : يَصِحُّ الشَّرَاءُ . وَهَلْ يَعْتَقُ وَيَرِثُ ؟ إِنْ قِيلَ يَعْتَقُ ذِي
الرَّجْمِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَلَا عِتْقَ ، وَلَا إِرْثَ ، وَإِنْ قِيلَ يَعْتَقُهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، عَتَقَ ،
وَنَفَذَ التَّبَرُّعُ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ^(١) . وَكَذَا فِيمَا زَادَ .

(١) فِي ط : « الْأَلْف » ، وَغَيْرُ وَاضِحَةٍ فِي الْأَصْلِ .

فُصُولٌ فِي تَصَرُّفِ الْمَرِيضِ

فصل : إِذَا أَعْتَقَ أَمَةٌ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ فِي الظَّاهِرِ . فَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَمْلِكْ شَيْئًا آخَرَ ، تَبَيَّنَ أَنَّ نِكَاحَهَا بَاطِلٌ ، وَيَسْقُطُ مَهْرُهَا إِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَيَعْتَقُ مِنْهَا ثُلُثَهَا وَيَرِيقُ ثُلُثَهَا . فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا وَمَهْرُهَا نِصْفُ قِيمَتِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا ، وَيَرِيقُ أَرْبَعَةَ أَسْبَاعِهَا ، وَحِسَابُ ذَلِكَ أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، وَلَهَا بِصَدَاقِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ ، فَيُجْمَعُ ذَلِكَ فَيَكُونُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ وَنِصْفًا ، نَبْطُطُهَا فَتَكُونُ سَبْعَةً ، لَهَا مِنْهَا ثَلَاثَةٌ ، وَلَهُمْ أَرْبَعَةٌ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمَيِّتِ سِوَاهَا ، فَتَجْعَلُ لِنَفْسِهَا مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا يَكُونُ حُرًّا وَالْبَاقِي لِلْوَرَّةِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْوَرَّةُ أَنْ يَذْفَعُوا إِلَيْهَا حِصَّتَهَا مِنْ مَهْرِهَا ، وَهُوَ سُبْعَاهُ ، وَيَعْتَقُ مِنْهَا سُبْعَاهَا ، وَيَسْتَرْقُوا خَمْسَةَ أَسْبَاعِهَا ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُحْسَبُ مَهْرُهَا مِنْ قِيمَتِهَا ، وَلَهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَيَسْعَى فِيمَا بَقِيَ ، وَهُوَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَ الْجَارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا نِصْفَهَا وَرَقَّ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا . وَإِنَّمَا قَلَّ الْعَتَقُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمَّا أَخَذَتْ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا نَقَصَ الْمَالُ بِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا ثُلُثَ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا . وَطَرِيقُ حِسَابِهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، وَلَهَا [٢٦٨/٥] بِمَهْرِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ،

الشرح الكبير

وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ ، يَعْدِلُ ذَلِكَ الْجَارِيَةَ وَنِصْفَ قِيمَتِهَا ، فَالشَّيْءُ سُبُعُهَا
وَسُبُعًا نِصْفَ قِيمَتِهَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَتَقَ مِنْهَا ، وَيَأْخُذُ
نِصْفَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا
مِثْلَ قِيمَتِهَا وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ ثُلَاثًا ، وَرَقَّ ثُلُثًا ، وَبَطَلَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ
كَانَ دَخَلَ بِهَا ، عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَصْبَاعٍ ، وَلَهَا أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَيَبْقَى
لِلْوَرَثَةِ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ وَخَمْسَةُ أَصْبَاعٍ قِيمَتِهَا ، وَهُوَ يَعْدِلُ مِثْلَى مَا عَتَقَ
مِنْهَا . وَحَسَابُهَا أَنْ تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الْأَشْيَاءَ مُعَادِلَةً لَهَا وَلِقِيمَتِهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا
بِقَدْرِ سُبْعَى الْجَمِيعِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ ، وَتَسْتَحِقُّ سُبْعَ الْجَمِيعِ
بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَى قِيمَتِهَا ،
عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَصَحَّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ إِنْ أَسْقَطَتْ مَهْرَهَا .
وَإِنْ أَبَتْ أَنْ تُسْقِطَهُ ، لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهَا ، وَبَطَلَ نِكَاحُهَا ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ
بِهَا فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بِعِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّ إِيْجَابَهُ يُفْضِي إِلَى
إِسْقَاطِهِ وَإِسْقَاطِ عِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، فَاِسْقَاطُهُ وَحْدَهُ أَوْلَى . وَإِنْ
كَانَ دَخَلَ بِهَا ، عَمِلْنَا فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، فَيَعْتَقُ سِتَّةَ أَصْبَاعٍ ، وَلَهَا سِتَّةُ
أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَيَبْطُلُ عِتْقُ سُبْعِهَا وَنِكَاحُهَا . وَلَوْ أَعْتَقَهَا وَلَمْ يَتَزَوَّجْهَا
وَوَطَّئَهَا ، كَانَ الْعَمَلُ فِيهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ^(١) كَمَا لَوْ تَزَوَّجْهَا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مِثْلِ ^(١) هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ الْأَخِيرَةِ

الإحصاف

(١) سقط من : م .

ما يَقْتَضِي صِحَّةَ نِكَاحِهَا وَعِتْقِهَا ، مع وَجُوبِ مَهْرِهَا فيما إذا أَعْتَقَ^(١) في مَرَضِهِ أَمَةً قِيمَتُهَا مائةٌ ، وَأَصْدَقَهَا مائَتَيْنِ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا ، وهو مَهْرٌ مِثْلُهَا ، وهو مَذْكُورٌ في هذا الباب . وقال أبو حَنِيفَةَ ، فيما إذا تَرَكَ مِثْلَى قِيمَتِهَا ، وكان مَهْرُهَا نِصْفَ قِيمَتِهَا ؛ تُعْطَى مَهْرُهَا وَثُلُثُ الْبَاقِي ، يُحْسَبُ ذَلِكَ مِنْ قِيمَتِهَا ، وهو نِصْفُهَا وَثُلُثُهَا ، فَيَعْتَقُ ذَلِكَ ، وَتَسْعَى فِي سُذُسِهَا الْبَاقِي ، وَيُطْلَى نِكَاحُهَا . فَإِنْ كَانَ^(٢) خَلْفَ أَرْبَعَةِ أَثْثَالِ قِيمَتِهَا ، صَحَّ عِتْقُهَا وَنِكَاحُهَا وَصَدَاقُهَا ، في قولِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَتَرِثُ مِنَ الْبَاقِي في قولِ أَصْحَابِنَا . [٢٦٨/٥ ظ] وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ . وقال الشافعيُّ : لَا تَرِثُ . وهو مُقْتَضَى قولِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهَا لو وَرِثَتْ لَكَانَ عِتْقُهَا وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ، وَاعْتِبَارُ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ .

فصل : ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبدا قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت وخلفت مائة ، اقتضى قول أصحابنا أن تُصَمَّ العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة ، ويرث نصف ذلك ، ويقتى للورثة خمسة وخمسون . وهذا مذهب أبي حنيفة . وقال صاحباه : تُحْسَبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَيضًا ، وَتُصَمُّ إِلَى التَّرِكَةِ ، وَيَقْتَى لِلْوَرِثَةِ سِتُّونَ . وقال الشافعيُّ : لَا يَرِثُ شَيْئًا ، وَعَلَيْهِ أَداءُ الْعَشْرَةِ التي في ذمته ؛

(١) في الأصل ، م : « عتق » .

(٢) سقط من : م .

لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث . وهذا مقتضى قول الخرقى ، إن شاء الله تعالى .

فصل : فأما إن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه ، صح ، وورثته بغير خلاف علمناه . فأما إن أعتقها في مرضه ثم تزوجها ، وكانت تخرج من ثلثه ، عتقت وورثت في اختيار أصحابنا وقول أبي حنيفة . ونقله المروذي عن أحمد ، كما لو كان عتقها في صحته . وقال الشافعي : لا ترث . وقد ذكرناه . والله أعلم^(١) .

(١) آخر الجزء الخامس من نسخة تشستريتي .

كِتَابُ الْوَصَايَا

وَهِيَ الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ هِيَ التَّبَرُّعُ
بِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ .

(^١) كِتَابُ الْوَصَايَا

(وهى الأمرُ بالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ) الْوَصَايَا جَمْعُ وَصِيَّةٍ ، مِثْلُ الْعَطَايَا جَمْعُ عَطِيَّةٍ (وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ هِيَ التَّبَرُّعُ بِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ) وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هِيَ التَّبَرُّعُ بِمَالٍ يَقِفُ نَفُوذُهُ عَلَى خُرُوجِهِ مِنَ الثَّلَاثِ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، تَكُونُ الْعَطِيَّةُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ وَصِيَّةً . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَيْسَتْ وَصِيَّةً ؛ فَإِنَّهَا تُخَالِفُهَا [١٦٩/٥] فِي الْأَسْمِ وَالْحُكْمِ فِي أَشْيَاءَ ذَكَرْنَا فِي عَطِيَّةِ الْمَرِيضِ . وَالْأَصْلُ فِيهَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُهُ سَبْحَانَهُ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ (^٢) . وَقَوْلُهُ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ (^٣) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : جَاءَنِي

كِتَابُ الْوَصَايَا

قَوْلُهُ : وَهِيَ الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ هِيَ التَّبَرُّعُ بِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ . هَذَا الْحَدُّ هُوَ الصَّحِيحُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي

(١) من هنا يبدأ الجزء الخامس من مخطوطة مكتبة الرياض وهو المشار إليه بالأصل .

(٢) سورة البقرة ١٨٠ .

(٣) سورة النساء ١٢ .

رسول الله ﷺ يَعُودُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعٍ اشْتَدَّ بِي ، فَقُلْتُ :
يا رسول الله ، قد بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى ، وَأَنَا ذُو مَالٍ ، وَلَا يَرِثُنِي
إِلَّا ابْنَةٌ ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالشُّطْرِ يَا رَسُولَ
اللهِ ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالثُّلُثِ ؟ قَالَ : « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ ،
إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ ^(١) . وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ : « مَا حَقُّ امْرِئٍ
مُسْلِمٍ لَهُ مَا يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ ^(٢) . وَعَنْ أَبِي أُمَامَةَ قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنَّ اللَّهَ
قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ،
والتِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ
عَنْهُ ، قَالَ : إِنَّكُمْ تَقْرَعُونَ هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ
ذِينَ ﴾ . وَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالذِّينِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٤) .

الشرح الكبير

« الشَّرْح » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هِيَ
التَّبَرُّعُ بِمَا يَقِفُ نَفُوذُهُ عَلَى خُرُوجِهِ مِنَ الثُّلُثِ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، تَكُونُ الْعَطِيَّةُ فِي مَرَضٍ

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه في ٣٤٣/١١ .

(٢) تقدم تخريجه في ١٢/٦ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ١٠٣/٢ .

والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٧٥/٨ ، ٢٧٨ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٧/٦ . وابن ماجه ،

في : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ ، ٩٠٦ . والدارمي ، في : باب الوصية

للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ،

٢٦٧/٥ ، ٢٣٩ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٦ .

وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي جَمِيعِ الْأَمْصَارِ وَالْأَعْصَارِ عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَلَيْهِ وَاجِبٌ يُوصَى بِالْخُرُوجِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ أَدَاءَ الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ، وَطَرِيقَهُ الْوَصِيَّةُ ، فَتَكُونُ وَاجِبَةً عَلَيْهِ . فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِبَعْضِ مَالِهِ ، فَلَيْسَتْ وَاجِبَةً عِنْدَ الْجُمْهُورِ . يُرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، أَوْ أَمَانَةٍ بغيرِ إِشْهَادٍ ، إِلَّا طَائِفَةً شَذَّتْ فَأَوْجَبَتْهَا . فَرَوَى عَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ : جَعَلَ اللَّهُ الْوَصِيَّةَ حَقًّا مِمَّا قَلَّ أَوْ كَثُرَ . وَقِيلَ لِأَيِّ مَجْلَزٍ : عَلَى كُلِّ مَيِّتٍ وَصِيَّةٌ ؟ قَالَ : إِنْ تَرَكَ خَيْرًا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : هِيَ وَاجِبَةٌ لِلْأَقْرَبِينَ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَ . وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَسْرُوقٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَإِيَّاسٍ ، وَقَتَادَةَ ، وَابْنِ جَرِيرٍ . وَاجْتَنَبُوا بِالْآيَةِ ، وَبِخَبَرِ ابْنِ عُمَرَ ، فَقَالُوا : نُسِخَتْ ^(١) الْوَصِيَّةُ لِلوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ الْوَارِثِينَ ، وَبَقِيَتْ فِي مَنْ لَا يَرِثُ مِنَ الْأَقْرَبِينَ . وَلَنَا ، أَنَّ أَكْثَرَ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُوصُوا ، وَلَمْ يُنْقَلْ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ نَكِيرٌ ، وَلَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً

الْمَوْتِ وَصِيَّةٌ ، وَالصَّحِيحُ خِلَافُهُ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَفِي حَدِّهِ اخْتِلَالٌ ^(٢) مِنَ وُجُوهِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَرُّعُهُ بِبَهَائِهِ وَعَطَايَاهُ الْمُتَجَزَّةُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ .

(١) فِي م : « تَسْتَحِبُّ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « اخْتِلَافٌ » .

المقنع وَتَصِحُّ مِنَ الْبَالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا ، رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا .

الشرح الكبير

[١٦٩/٥ ظ] لم يخلوا بذلك ، وَلْتَقِلْ عَنْهُمْ نَقْلًا ظَاهِرًا ، وَلأنَّهَا عَطِيَّةٌ لَا تَجِبُ فِي الْحَيَاةِ فَلَمْ تَجِبْ بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَعَطِيَّةِ الْأَجَانِبِ . فَأَمَّا الْآيَةُ ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : نَسَخَهَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ ^(١) ، الْآيَةُ . وَقَالَ ابْنُ عُثْمَانَ : نَسَخَتْهَا آيَةُ الْمِيرَاثِ ^(٢) . وَبِهِ قَالَ عِكْرِمَةُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِمَّنْ يَرَى نَسْخَ الْقُرْآنِ بِالسُّنَّةِ ، إِلَى أَنَّهَا نُسِخَتْ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . وَحَدِيثُ ابْنِ عُثْمَانَ مَحْمُولٌ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ وَاجِبٌ أَوْ عِنْدَهُ وَدِيعةٌ .

٢٦٥٠ - مسألة : (وَتَصِحُّ مِنَ الْبَالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا ، رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا) لِأَنَّ هَبْتَهُمْ صَحِيحَةٌ ، فَالْوَصِيَّةُ أَوْلَى .

الإنصاف

وذلك لَا يُسَمَّى وَصِيَّةً . وَيُخْرَجُ مِنْهُ وَصِيَّةٌ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ ؛ فَإِنَّهَا وَصِيَّةٌ صَحِيحَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ . وَيُخْرَجُ مِنْهُ أَيْضًا وَصِيَّةٌ بِفِعْلِ الْعِبَادَاتِ ، وَقَضَاءِ الْوَاجِبَاتِ ، وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَصَاغِرِ مِنْ أَوْلَادِهِ ، وَتَرْوِيجِ بَنَاتِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ .
تنبيه : قَوْلُهُ : وَتَصِحُّ مِنَ الْبَالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا ، رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا . هَذَا صَحِيحٌ بِلَا نِزَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ . وَقَدْ شَمِلَ الْعَبْدَ . وَهُوَ

(١) سورة النساء ٧ .

(٢) أخرجهما البيهقي ، في : باب من قال ينسخ الوصية ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٦٥/٦ .

صحيح . ذكره الأصحاب ؛ منهم المصنف وغيره ؛ فإن كان فيما عدا المال ، فصحيح ، وإن كان في المال ؛ فإن مات قبل العتق ، فلا وصية ، على المذهب ؛ لانتهاء ملكه ، وإن قيل : يملك بالتملك . صحت . ذكره بعض الأصحاب . والمكاتب والمدبر وأُم الولد ، كالقن . وشمل كلامه أيضًا المخجور عليه لفلس ، « فتصح حتى لو كانت الوصية » بعين من ماله ؛ لأنه قد يتحول ما بقي من الدين ، فلا يتعين المال الأول^(١) . إذن للغرماء . وإن مات قبل ذلك ، لعت الوصية . قال في « الكافي » وغيره : هذا إذا لم يعين الموت . فأما إذا عين الموت ، لم تصح وصيته ؛ لأن الوصية قول ، ولا قول له ، والحالة هذه . وتقدم في آخر الباب الذي قبله ، قبل قوله : والحامل عند المخاض . ما يتعلق بذلك ، فليراجع .

قوله : مسلمًا كان أو كافرًا . تصح وصية المسلم ، بلا نزاع . وكذا تصح وصية الكافر مطلقًا . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به في « الفروع » وغيره . وقيل : لا تصح من مرتد . وأطلق الوجهين في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » .

« تنبيه : شمل كلام المصنف صحة وصية العبد . وهو صحيح . صرح به المصنف وغيره من الأصحاب ، فينفذ فيما عدا المال ، وأما المال ؛ فإن مات قبل العتق ، فلا وصية على المذهب . وإن قيل : يملك . صحت . ذكره بعض الأصحاب . نقله [٢٦٤/٢ ر] الحارثي . قلت : وهو ضعيف . وإن مات بعد^(٢)

(١ - ١) سقط من : ط .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَ مِنْ السَّفِيهِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ،

الشرح الكبير

٢٦٥١ - مسألة : (و) تَصِحُّ (مِنْ السَّفِيهِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ)
الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ لِلْسَّفَةِ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ . قَالَ الْخَبَرِيُّ :
وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرَيْنِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ . حَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛
لأنَّه مَخْجُورٌ عَلَيْهِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ مِنْهُ ، كَالِهَيْبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَاقِلٌ
مُكَلَّفٌ ، فَصَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ، كَالرَّشِيدِ ، وَلأنَّ وَصِيَّتَهُ مَخْضُ مَصْلَحَةٍ مِنْ
غَيْرِ ضَرَرٍ ؛ لأنَّه إِنْ عَاشَ لَمْ يَذْهَبْ مِنْ مَالِهِ شَيْءٌ ، وَإِنْ مَاتَ فَهُوَ مُتَحْتَاجٌ
إِلَى الثَّوَابِ ، فَصَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ، كِعِبَادَاتِهِ .

الإِنصَافُ (١) الْعِتْقُ ، نَفَذْتُ ، بِإِخْلَافٍ . وَالْمُكَاتَبُ وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ ، كَالْقَيْنِ . فَلَوْ قَالَ :
مَتَى عَتَقْتُ ، ثُمَّ مِتُّ ، فَتُلِي لِفُلَانٍ . نَفَذَ . نَقَلَهُ الْحَارِثِيُّ (١) .

قوله : وَ مِنْ السَّفِيهِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَاتِي » ،
و« الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ،
و« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا تَصِحُّ مِنْهُ . حَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ .
وَذَكَرَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » ، أَنَّهُ الْمَنْصُوصُ . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ . وَأُطْلِقُهُمَا فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ،
وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

تنبيه : محلُّ الْإِخْلَافِ ، فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِمَالٍ . أَمَّا وَصِيَّتُهُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، فَلَا
تَصِحُّ ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لأنَّه لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِنَفْسِهِ ، فَوَصِيَّتُهُ أَحَقُّ وَأَوْلَى . قَالَ فِي

(١ - ١) سقط من : ط .

وَمِنَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشَرَ ، وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا رِوَايَتَانِ .

فصل : (و) تَصِحُّ (مِنَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشَرَ ، وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا رِوَايَتَانِ) الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةُ وَصِيَةِ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشَرَ . رَوَاهُ عَنْهُ صَالِحٌ ، وَحَنْبَلٌ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ مَنْ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَفِيمَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَشْرِ رِوَايَتَانِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْغُلَامِ لِدُونِ الْعَشْرِ ، وَلَا الْجَارِيَةِ لِدُونِ

« الْمُطْلِعِ » . قُلْتُ : ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، فِي بَابِ الْمُوصَى إِلَيْهِ ، صِحَّةُ وَصِيَّتِهِ بِذَلِكَ ، وَهُوَ أَوَّلَى بِالصَّحَّةِ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ الَّذِي حَدَاهُ إِلَى ذَلِكَ ، تَغْلِيلُ الْأَصْحَابِ بِكَوْنِهِ مَحْجُورًا عَلَيْهِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ ، أَوْ لِكَوْنِهِ مُخْتِاجًا إِلَى الثَّوَابِ ، وَتَصَرُّفُهُ فِي هَذِهِ مَخْضُ مَصْلَحَةٍ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَاشَ ، لَمْ يَذْهَبْ مِنْ مَالِهِ شَيْءٌ . وَلَا يُلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَلَى أَوْلَادِهِ لَا تَصِحُّ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ نَقْلٌ خَاصٌّ .

قوله : وَمِنَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشَرَ . إِذَا جَاوَزَ الصَّبِيُّ الْعَشَرَ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، حَتَّى قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ ، أَنَّ مَنْ لَهُ عَشْرُ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، تَصِحُّ ، إِذَا بَلَغَ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً . نَقَلَهَا ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَنَقَلَ الْأَثَرُ ، لَا تَصِحُّ مِنْ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً . فَلَمْ يَطْلُعْ أَبُو بَكْرٍ عَلَى ذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ حَتَّى يَبْلُغَ . وَهُوَ أَحْتِمَالٌ فِي « الْكَافِي » .

تَسْعَ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وما زاد على العَشْرِ ، فَتَصِحُّ عَلَى الْمَنْصُوصِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تَصِحُّ حَتَّى يَبْلُغَ . وقال القاضي ، وأبو الْخَطَّابِ : تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ إِذَا عَقَلَ . وقد رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ الصَّبِيِّ . وهو قولُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَشُرَيْحٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَإِبَاسٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . قال إِسْحَاقُ : إِذَا بَلَغَ اثْنَتَى عَشْرَةَ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ حَتَّى يَبْلُغَ . وبه قال الْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وللشافعي قولان كَالْمَذْهَبَيْنِ . ولأنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْمَالِ ، فَلَا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ ، كَالِهَبَةِ وَالْعَتَقِ . ولنا ، مَا رُوِيَ أَنَّ صَبِيًّا مِنْ غَسَّانَ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ أَوْصَى لِأَخْوَالٍ لَهُ ، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، [١٧٠/٥] فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ . رواه سَعِيدٌ^(١) . وَرَوَى مَالِكٌ فِي « مُوَطَّئِهِ »^(٢) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ سُلَيْمٍ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ : إِنَّ هَهُنَا غُلَامًا يَفَاعَا لَمْ يَحْتَلَمْ ، وَوَرَثَتْهُ بِالشَّامِ ، وَهُوَ ذُو مَالٍ ، وَلَيْسَ لَهُ هَهُنَا إِلَّا ابْنَةٌ

قوله : وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ - يَعْنِي ، مِمَّنْ لَمْ يُمَيِّزْ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ - وَفِيمَا بَيْنَهُمَا رَوَايَتَانِ . يَعْنِي ، فِيمَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَشْرِ .

(١) في : باب وصية الصبي ، من كتاب الوصايا . السنن ١/١٢٧ .

(٢) في : باب جواز وصية الصغير ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٢/٤٢٤ مختصرا .

الشرح الكبير

عَمَّ . فقال عُمَرُ : فليُوصِ لها . فأوصى لها^(١) بما لي يُقال له : بِثَرٍّ جُشَمَ^(٢) . قال عمرو بن سليم : فَبِعْتُ^(٣) ذلك المالَ بثلاثين ألفاً . وابنةُ عَمِّه التي أوصى لها هي أمُّ عمرو^(٤) بنِ سُلَيْمٍ . قال أبو بكرٍ : وكان الغلامُ ابنَ عَشْرٍ أو اثنتي عشرة سنة . وهذه قُصِيَّةٌ انْتَشَرَتْ ولم تُنكَرْ ؛ ولأنَّه تَصَرَّفَ تَمَحُّضَ نَفْعاً لِلصَّبِيِّ ، فَصَحَّ منه كالإسلام والصلاة ، وذلك لأنَّ الوَصِيَّةَ صَدَقَةٌ يَحْصُلُ ثَوَابُهَا له بعدَ غِنَاهُ عن مِلْكِهِ ، فلا يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ في عاجِلِ دُنْيَاهُ ولا أُخْرَاهُ ، بخلافِ الهِبَةِ والعَتَقِ الْمُتَنَجِّزِ ، فإنه يُقَوِّتُ مِن مَالِهِ ما يَحْتَاجُ إليه ، وإذا رُدَّتْ رَجَعَتْ إليه ، وههنا لا يَرْجِعُ إليه بالِرَّدِّ ، والطفُّ لا عَقْلَ له ، ولا تَصِحُّ عِبَادَتُهُ ولا إسلامُهُ . وأما مَنْ له فوق السَّبْعِ ولم يُلْغِ العَشْرَ ، فقد ذَكَرْنَا فيه رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ . وهو

وأُطْلِقَهُمَا أبو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ ، وصاحبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الحاوي الصَّغِير » ، و « تَجْرِيدُ الْعِنَايَةِ » ؛ إحداهما ، لا تَصِحُّ . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، وصاحبِ « الوجيز » . وصَحَّحَهُ في « التَّصْحِيحِ » . قال ابنُ أَبِي مُوسَى : لا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الغلامِ لدُونِ عَشْرٍ ، ولا إِجَازَتُهُ ، قَوْلًا واحدًا . واختارَهُ أبو بَكْرٍ . وقَدَّمَهُ في « المُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « النِّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وجزَمَ به في « المُنَوَّرِ » ، و « مُتَخَبِّ الآدِمِيِّ » . واختارَهُ ابنُ عَبْدِوسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » . قال

(١) سقط من : م .

(٢) في النسخ : « خشم » والمثبت من مصادر التخریج ومعجم البلدان .

(٣) في م : « فَبِعْتُ » .

(٤) في النسخ : « عمر » . والمثبت من مصادر التخریج .

المفنع وَلَا تَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عَاقِلٍ ؛ كَالطِّفْلِ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالْمُبْرَسَمِ .
وَفِي السُّكْرَانِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير ظاهر قول القاضي ، وأبي الخطاب ؛ لأنه عاقل يصح إسلامه ، يؤمر بالصلاة وتصح منه ، أشبه من جاوز العشر . والثانية ، لا تصح ، كمن له دون السبع . والأول أقيس . والله أعلم . قال الخرقى : ومن جاوز العشر فوصيته جائزة إذا وافق الحق . يريد إذا وصى وصية يصح مثلها من البالغ صححت منه ، وما لا فلا . قال شريح ، وعبد الله بن عتبة ، وهما قاضيان : من أصاب الحق أجزنا وصيته .

٢٦٥٢ - مسألة : (ولا تصح من غير عاقل ؛ كالطفل ، والمجنون ، والمبرسم . وفي السكران وجهان) أما الطفل ، (وهو من)

الإنصاف في « القواعد الأصولية » : هذا المشهور عن الإمام أحمد ، رحمه الله . قال الحارثي : هذا الأشهر عنه . والرواية الثانية ، تصح . وهو المذهب . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : تصح وصية الصبي إذا عقل . قال المصنف في « العمدة » : وتصح الوصية من الصبي إذا عقل . وجزم به في « التسهيل » . وصححه في « الخلاصة » . وقدمه في « الكافي » ، و « المذهب » ، و « إدراك الغاية » . قال الحارثي : لم أجذ هذه منصوصة عن الإمام أحمد ، رحمه الله . وقيل : تصح وصية بنت تسع . اختاره أبو بكر ، وابن أبي موسى . وقيل : تصح لسبع منهما .

قوله : وفي السكران وجهان . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ،

الشرح الكبير

لَهُ دُونَ سَبْعِ سِنِينَ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالْمُبْرَسَمُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ ، فِي قَوْلِ
الْأَكْثَرِينَ ؛ مِنْهُمْ حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَلَا نَعْلَمُ
أَحَدًا خَالَفَهُمْ إِلَّا إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ : إِذَا
وَأَقَفَتْ وَصِيَّتُهُمَا الْحَقُّ جازت . وليس بصحيح ، فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ
لِكَلَامِهِمَا ، وَلَا تَصِحُّ عِبَادَتُهُمَا وَلَا شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِمَا ، فَكَذَلِكَ
الْوَصِيَّةُ ، بَلْ أَوْلَى ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصِحَّ إِسْلَامُهُ ، وَصَلَاتُهُ الَّتِي هِيَ مَخْصُصَةٌ
نَفْعٍ لَا ضَرَرَ فِيهَا ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يَصِحَّ بِذَلِكَ لِمَالٍ يَتَصَرَّرُ بِهِ وَارِثُهُ . فَأَمَّا
مَنْ يُفِيْقُ فِي الْأَخْيَانِ ، فَإِذَا أَوْصَى حَالَ جُنُونِهِ لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ أَوْصَى حَالَ
إِفَاقَتِهِ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعُقَلَاءِ فِي شَهَادَتِهِ وَوُجُوبِ الْعِبَادَاتِ
عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ وَصِيَّتُهُ . وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ السُّكْرَانِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .
وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهَا تَصِحُّ ، بِنَاءً عَلَى طَلَاْقِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ
عَاقِلٍ ، أَشْبَهَ الْمَجْنُونِ ، وَطَلَاْقُهُ إِنَّمَا أَوْقَعَهُ مَنْ أَوْقَعَهُ تَغْلِيْظًا عَلَيْهِ ،
لَا زِتْكَابَهُ الْمَعْصِيَّةَ ، فَلَا يَتَعَدَّى هَذَا إِلَى وَصِيَّتِهِ ، فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهَا ،

و « الْمُسْتَوْعِب » ، و « الْخُلَاصَةُ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي »
الْصَّغِيرُ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَصِحُّ . وَهُوَ الصَّحِيْحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي
« التَّصْحِيْحِ » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ،
و « الْفَاتِي » ، و « الْحَارِثِي » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) فِي : الْمَغْنَى ٨ / ٥١٠ .

المقنع وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مَنْ اعْتَقَلَ لِسَانَهُ بِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ .

الشرح الكبير إِنَّمَا الضَّرَرُ عَلَى وَارِثِهِ . فَأَمَّا الضَّعِيفُ فِي عَقْلِهِ ، فَإِنْ [١٧٠/٥ ظ] مَنَعَ ذَلِكَ رُشْدَهُ فِي مَالِهِ ، فَهُوَ كَالسَّفِيهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْعَاقِلِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٦٥٣ - مسألة : (وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ اعْتَقَلَ لِسَانَهُ بِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ) إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَةُ الْأَخْرَسِ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ نُطْقِهِ فِي طَلَاقِهِ وَلِعَانِهِ وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا حُكْمَ لَهَا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا . فَأَمَّا النَّاطِقُ إِذَا اعْتَقَلَ لِسَانَهُ ، فَعَرِضَتْ عَلَيْهِ وَصِيَّتُهُ ، فَأُشَارَ بِهَا وَفُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَا يُؤَسِّسُ مِنْ نُطْقِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى الْكَلَامِ ، أَشْبَهَ الْأَخْرَسَ . وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمُنْذِرِ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ قَاعِدٌ ، فَأُشَارَ إِلَيْهِمْ فَقَعَدُوا . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(١) . وَخَرَّجَهُ ابْنُ عَقِيلٍ .

الإِنصَافُ « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ . وَيَأْتِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، أَنَّ فِي أَقْوَالِ السُّكْرَانِ وَأَفْعَالِهِ خَمْسَ رَوَايَاتٍ ، أَوْ سِتًّا .

قوله : وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مَنْ اعْتَقَلَ لِسَانَهُ بِهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجُزِمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .

(١) تقدم تخريجه في ٤١٦/٣ من حديث : « إِنَّمَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ » .

الشرح الكبير

وَجْهًا إِذَا اتَّصَلَ بِاعْتِقَالِ لِسَانِهِ الْمَوْتُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَا يُوسٍ مِنْ نَطْقِهِ ،
فَلَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ بِالْإِشَارَةِ ، كَالْقَادِرِ عَلَى الْكَلَامِ . وَالْخَبَرُ لَا يُلْزِمُ ؛ فَإِنَّ
النَّبِيَّ ﷺ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ إِشَارَةَ الْقَادِرِ لَا تَصِحُّ
بِهَا وَصِيَّتُهُ وَلَا إِقْرَارُهُ ، وَفَارَقَ الْأَخْرَسَ ، فَإِنَّهُ مَا يُوسٍ مِنْ نَطْقِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى عَبْدًا أَوْ مُكَاتَبًا أَوْ أُمًّا وَلَدًا وَصِيَّةً ، ثُمَّ مَاتُوا عَلَى الرَّقِّ ،
فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُمْ . وَإِنْ عَتَقُوا ثُمَّ مَاتُوا وَلَمْ يُغَيِّرُوا وَصِيَّتَهُمْ ،
صَحَّتْ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ قَوْلًا صَحِيحًا وَأَهْلِيَّةً تَامَةً ، وَإِنَّمَا ^(١) فَارَقُوا الْحُرَّ بِأَنَّهُمْ
لَا مَالَ لَهُمْ ، وَالْوَصِيَّةُ تَصِحُّ مَعَ عَدَمِ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى الْفَقِيرُ وَلَا شَيْءَ
لَهُ ، ثُمَّ اسْتَعْنَى . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ : مَتَى عَتَقْتُ ثُمَّ مِتُّ ، فَتُلْتَمِى لِفُلَانٍ
وَصِيَّةٌ . فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ ،
وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ .

وقدّمه في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي »
الصَّغِيرِ ، و « الْفَائِقِ » ، و « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُنْذَهَبِ » ،
و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ التَّوَقُّفُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
تَصِحَّ . يَعْنِي ، إِذَا اتَّصَلَ بِالْمَوْتِ ، وَفُهِمَتْ إِشَارَتُهُ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو
الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَاخْتَارَهُ فِي « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَوَّلَى . وَاسْتَدَلَّ لَهُ بِحَدِيثِ رَضٍ ^(٢) الْيَهُودِيُّ رَأْسَ الْجَارِيَةِ ،
وإِمَائِهَا إِلَيْهِ ^(٣) .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

(٣) تقدم تخريجه في ٤٤٦/١٠ .

المقنع
وَإِنْ وُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ بِخَطِّهِ ، صَحَّتْ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا تَصِحَّ حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير
٢٦٥٤ - مسألة : (وَإِنْ وُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ بِخَطِّهِ ، صَحَّتْ) وعنه (لَا تَصِحُّ حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا) نَقَلَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : مَنْ مَاتَ فَوُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةً عِنْدَ رَأْسِهِ وَلَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا ، وَعُرِفَ خَطُّهُ وَكَانَ مَشْهُورَ الْخَطِّ ، يُقْبَلُ مَا فِيهَا . وَوَجْهُ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٌ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ »^(١) . وَلَمْ يَذْكُرْ شَهَادَةَ . وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يُتَسَامَحُ فِيهَا ، وَيَصِحُّ تَعْلِيْقُهَا عَلَى الْخَطَرِ وَالْعَرَرِ ، وَتَصِحُّ لِلْحَمَلِ وَالْحَمْلِ ، وَبِمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَجَازَ أَنْ يُتَسَامَحَ فِيهَا بِقَبُولِ الْخَطِّ ، كَرِوَايَةِ الْحَدِيثِ ، وَكَأَلَوْ كَتَبَ الطَّلَاقَ وَلَمْ يَلْفِظْ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ الْخَطُّ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَا يُشْهَدُ عَلَى الْوَصِيَّةِ الْمَخْتُومَةِ حَتَّى يَسْمَعَهَا الشُّهُودُ مِنْهُ ،

الإيضاح
قوله : وَإِنْ وُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ بِخَطِّهِ ، صَحَّتْ . هذا المذهب مطلقاً . قال الزَّرْكَشِيُّ : نصُّ عليه الإمام أحمدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، واعتمده الأصحابُ ، وقاله الخِرَقِيُّ . وقدمه في « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرهم . وقال القاضي في « شَرْحِ الْمُخْتَصَرِ » : ثُبُوتُ الْخَطِّ يَتَوَقَّفُ عَلَى مُعَايِنَةِ الْبَيِّنَةِ أَوْ الْحَاكِمِ لِفِعْلِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَمَلٌ ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الْعَمَلِ طَرِيقُهَا الرَّؤْيَةُ . نَقَلَهُ الْحَارِثِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا . وَقَدْ خَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَمَنْ بَعْدَهُ ، رِوَايَةً بَعْدَ الصَّحَّةِ ؛

(١) تقدم تخريجه في ١٢/٦ .

أو [١٧١/٥] تُقْرَأُ عَلَيْهِ فَيُقَرَّرُ بِمَا فِيهَا . وبهذا قال الحسن ، وأبو قلابَة ،
والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يجوزُ برؤيةِ خطِّ
الشَّاهِدِ بالشَّهَادَةِ ، فكذا هُنا ، وأبْلَغُ مِنْ هَذَا أَنَّ الْحَاكِمَ لو رَأَى حُكْمَهُ
بخطِّه تَحْتَ خَتْمِهِ ، ولم يَذْكُرْ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ ، أو رَأَى الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ
بخطِّه ، ولم يَذْكُرِ الشَّهَادَةَ ، لم يَجْزِ لِلْحَاكِمِ إِنْفَاذُ الْحُكْمِ بِمَا وَجَدَهُ ،
ولا للشَّاهِدِ الشَّهَادَةُ بِمَا رَأَى خطِّه بِهِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى .

فصل^(١) : وإن كَتَبَ وَصِيَّتَهُ ، وقال : اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذِهِ
الْوَرَقَةِ . أو قال : هَذِهِ وَصِيَّتِي فَاشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَا . فقد حُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ،
أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَتَبَ وَصِيَّتَهُ وَخَتَمَ عَلَيْهَا ، وقال للشُّهُودِ : اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا
فِي هَذَا الْكِتَابِ . لا يجوزُ حَتَّى يَسْمَعُوا مِنْهُ مَا فِيهِ ، أو يَقْرَأَ عَلَيْهِ فَيُقَرَّرَ بِمَا
فِيهِ . وهو قولُ مَنْ سَمِينَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُهُ عَلَى مَا نَقَلَهُ
عَنْ أَحْمَدَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَمَنْ

أَخَذَ مِنْ قَوْلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ كَتَبَ وَصِيَّتَهُ وَخَتَمَهَا ، وقال :
اشْهَدُوا بِمَا فِيهَا . أَنَّهُ لَا تَصِحُّ ، أَيْ شَهَادَتُهُمْ عَلَى ذَلِكَ . فنصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي
الْأُولَى [٢٦٤/٢] ظ بِالصَّحَّةِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ بَعْدَهَا ، حَتَّى يَسْمَعُوا مَا فِيهِ ، أو يَقْرَأَ
عَلَيْهِ ، فَيُقَرَّرَ بِمَا فِيهِ . فخرَجَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الْمَجْدُ فِي « مُحَرَّرِهِ » وَغَيْرِهِ ، فِي كُلِّ
مِنْهُمَا رِوَايَةً مِنَ الْأُخْرَى ، وَقَدْ خَرَجَ الْمُصَنِّفُ ، فِي بَابِ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى
الْقَاضِي ، مِنَ الْأُولَى فِي الثَّانِيَةِ ، وقال هُنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا .
فهو كالتَّخْرِيجِ مِنَ الثَّانِيَةِ فِي الْأُولَى . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ التَّفَرُّقُ ؛ فَتَصِحُّ فِي

(١) سقط من : م .

قال ذلك ؛ عبدُ المَلِكِ بنُ يَعلَى ^(١) ، ومَكْحُولٌ ، ونُمَيْرُ بنُ إِبْرَاهِيمَ ^(٢) ، ومالكٌ ، والليثُ ، والأوزاعيُّ ، ومحمدُ بنُ مَسْلَمَةَ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وإسحاقُ . ورَوَى عن سالمِ بنِ عبدِ اللهِ ، وقتادةَ ، وسَوَّارِ بنِ عبدِ اللهِ ابنِ الحسنِ ، ومُعَاذِ بنِ مُعَاذٍ ^(٣) العَنَبَرِيِّ . وهو مَذْهَبُ فَتَاهِ أَهْلِ البَصْرَةِ وقَضَاتِهِمْ ، واحتَجَّ أَبُو عُبَيْدٍ بِكُتُبِ رَسولِ اللهِ ﷺ إلى عُمَالِهِ وأَمْرَائِهِ في أَمْرِ ولَايَتِهِ وأَحْكَامِهِ وَسُنَنِهِ ، ثم ما عَمِلَ به الخُلفاءُ الرَّاشِدُونَ المَهْدِيُّونَ بَعْدَهُ مِنْ كُتُبِهِمْ إلى ولَايَتِهِمْ بِالْأَحْكَامِ الَّتِي فِيهَا الدِّمَاءُ وَالْفُرُوجُ والأَمْوَالُ مَخْتُومَةٌ ، لَا يَعلَمُ حَامِلُهَا مَا فِيهَا ، وَأَمْصُوهَا على وَجْهِهَا . وَذَكَرَ اسْتِخْلَافَ سُلَيْمَانَ بنِ عبدِ المَلِكِ عُمَرَ بنَ عبدِ العَزِيزِ بِكِتَابِ كُتُبِهِ وَخَتَمَ عَلَيْهِ . وَلَا نَعلَمُ أَحَدًا أَنْكَرَ ذَلِكَ مَعَ شُهْرَتِهِ وَانْتِشَارِهِ فِي عُلَمَاءِ العَصْرِ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا . وَوَجْهُ القَوْلِ الأوَّلِ ، أَنَّهُ كِتَابٌ لَا يَعلَمُ الشَّاهِدُ مَا فِيهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَيْهِ ، كَكِتَابِ القَاضِي إلى القَاضِي . وَالأوَّلَى الجَوَازُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى ؛ لظُهُورِ دَلِيلِهِ . وَالأَصْلُ لَنَا فِيهِ مَنْعٌ .

الشرح الكبير

الأوَّلَى ، وَلَا تَصِحُّ فِي الثَّانِيَةِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : تَصِحُّ فِي الثَّانِيَةِ أَيْضًا . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِي » . وَيَأْتِي النَّصُّانُ فِي

الإنصاف

(١) عبد الملك بن يعلى الليثي ، قاضي البصرة ، روى عن النبي ﷺ مرسلًا ، وعن عمران بن حصين ، ثقة ، توفي سنة مائة . تهذيب التهذيب ٤٢٩/٦ .

(٢) لم نجد غير بن إبراهيم . ولعل المقصود غير بن أوس الأشعري ، قاضي دمشق ، معاصر مكحول . انظر : أخبار القضاة لوكيع ٢٠٤/٣ - ٢٠٦ . الإكمال ٣٦٣/٧ .

(٣) معاذ بن معاذ بن نصر بن حسان أبو المثنى العبدي البصري ، كان ثقة عالمًا فقيهاً ، ولي قضاء البصرة لمارون ، ثم عزل . ولد سنة تسع عشرة ومائة ، وتوفي سنة ست وتسعين ومائة . تهذيب التهذيب ١٩٤/١٠ ، ١٩٥ .

الشرح الكبير

فصل : وأما إذا ثبتت الوصية بشهادة ، أو إقرار الورثة به ، فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن تناولت مدته وتغيرت أحوال الموصي ، مثل أن يوصي في مرض فيبراً منه ، ثم يموت بعد أو يقتل ؛ لأن الأصل بقاءه ، فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك ، كسائر الأحكام .

فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها ؛ لأنه أحوط لها وأحفظ لما فيها ، وقد ذكرنا حديث ابن عمر . وروى أنس ، رضي الله عنه ، قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به فلان ، أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وأن الساعة آتية لا ريب فيها ، وأن الله [١٧١/٥ ط] يبعث من في القبور ، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ، ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين ، وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب : ﴿ يَبْنِيْ اِنَّ اِلَهَ اَصْطَفٰى لَكُمْ الدِّيْنَ فَلَا تَمُوْتُنَّ اِلَّا وَاَنْتُمْ مُسْلِمُوْنَ ﴾ ^(١) . أخرجه سعيد ^(٢) ، عن فضيل بن

الإنصاف

كلام المصنف ، في باب حكم كتاب القاضي إلى القاضي .

تنبيه : معنى قول الإمام أحمد ، رحمه الله ، في من كتب وصيته وختمها ، وقال : أشهدوا بما فيها . أنها لا تصح ، أي لا تصح شهادتهم على ذلك . فأما العمل

(١) سورة البقرة ١٣٢ .

(٢) في : أول كتاب الوصايا . السنن ١٠٤/١ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي

٤٠٤/٢ .

عياض ، عن هشام بن حسان ، عن ابن سيرين ، عن أنس . ورؤى
 عن ابن مسعود ، أنه كتب في وصيته : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا
 ذكر ما وصى به عبد الله بن مسعود ، إن حدث في حادث الموت من
 مرضي^(١) هذا ، أن مرجع وصيتي إلى الله تعالى ، ثم إلى الزبير بن
 العوام ، وابنه عبد الله ، وأنهما في حل وب^(٢) مما وليا وقضيا ، وأنه لا
 تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بإذنهما^(٣) . ورؤى ابن عبد البر قال :
 كان في وصية أبي الدرداء : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى
 به أبو الدرداء ، أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا
 عبده ورسوله ، وأن الجنة حق والنار حق ، وأن الله يبعث من في القبور ،
 وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت ، على ذلك يحيا ويموت إن شاء الله ،
 وأوصى فيما رزقه الله بكذا وكذا ، وأن هذه وصيته إن لم يغيرها .

الإصناف
 بخطه في هذه الوصية ، فحيث علم خطه ؛ إما بإقرار ، أو ببينة ، فإنه يعمل بها
 كالأولى ، بل هي من أفراد العمل بالخط في الوصية . نبه على ذلك شيخنا في
 حواشي « الفروع » . وهو واضح . قلت : في كلام الزركشي إيماء إلى ذلك ،
 فإنه قال : وقد يفرق بأن شرط الشهادة العلم ، وما في الوصية ، والحال هذه ، غير
 معلوم . أمّا لو وقعت الوصية ، على أنه وصى ، فليس في نص الإمام أحمد ، رحمه
 الله تعالى ، ما يمنعه . ثم بعد ذلك يعمل بالخط بشرطه . انتهى .

(١) في م : « مرضه » .

(٢) بل ، بكسر الباء : مباح مطلق .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ ، ٢٨٣ . وإسناده
 منقطع ؛ لأن عامر بن عبد الله لم يدرك عبد الله بن مسعود . انظر الإرواء ١٠١/٦ ، ١٠٢ .

فَصْلٌ : وَالْوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ تَرَكَ [١٦١] خَيْرًا - وَهُوَ الْمَالُ الْكَثِيرُ - بِخُمْسِ مَالِهِ ، وَتُكْرَهُ لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ .

الشرح الكبير

فصل : قال رحمه الله : (وَالْوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا - وهو المال الكثير - بخُمْسِ مَالِهِ ، وَتُكْرَهُ لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ) وجملة ذلك ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ ^(١) . فَنَسَخَ الْوُجُوبُ ، وَبَقِيَ الْإِسْتِحْبَابُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَرِثُ . وَرَوَى ابْنُ عُمرَ قَالَ : قال رسول الله ﷺ : « يَا ابْنَ آدَمَ ، جَعَلْتُ لَكَ نَصِيبًا مِنْ مَالِكَ حِينَ أَخَذْتُ بِكَطْمِكَ » ^(٢) لِأَطْهَرِكَ وَأَزْكِيكَ . وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إِنْ اللَّهُ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ » . رواها ابن ماجه ^(٣) . وقال الشَّعْبِيُّ : مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ فَلَمْ يَجْزُ وَلَمْ يَحْفَ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ مَا لَوْ أَعْطَاهَا وَهُوَ صَحِيحٌ . فَأَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي لَهُ وَرَثَةٌ

الإنصاف

قوله : وَالْوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ . هذا المذهب في الجملة ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وعنه ، تجب لقريب غير وارث . اختاره أبو بكر . ونقل في « التَّبَصُّرَةِ » عن أبي بكر ، وجوبها للمساكين ، ووجوه البر .

قوله : لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا ؛ وهو المال الكثير . يعنى ، في عَرَفِ النَّاسِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيِ »

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) الكظم : مخرج النفس .

(٣) الأول في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/٩٠٤ . وفي الروايد : في إسناده مقال . والثاني تقدم تخريجه في صفحة ١٢٣ .

مُحْتَاجُونَ فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِسَعْدٍ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ^(١) . وَقَالَ : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » ^(٢) . وَقَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُوصِيَ : إِنَّكَ لَمْ تَدَعْ طَائِلًا ، إِنَّمَا تَرَكَتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعَهُ لَوَرَثَتِكَ . وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ فِي أَرْبَعِمِائَةِ دِينَارٍ : لَيْسَ فِيهَا فَضْلٌ عَنِ الْوَارِثِ . وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لَهَا : لِي ثَلَاثَةُ آلَافٍ ذِرْهَمٍ ، وَأَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ ، [١٧٢/٥ و] أَفَأُوصِي ؟ فَقَالَتْ : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ لِلْأَرْبَعَةِ ^(٣) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : مَنْ تَرَكَ سَبْعِمِائَةِ ذِرْهَمٍ لَيْسَ عَلَيْهِ وَصِيَّةٌ ^(٤) . وَقَالَ عُرْوَةُ : دَخَلَ عَلِيٌّ عَلَى صَدِيقٍ لَهُ يَعُودُهُ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُوصِيَ . فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ وَإِنَّكَ إِنَّمَا تَدْعُ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعَهُ لَوَرَثَتِكَ ^(٥) . وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي لَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ

الصَّغِيرِ . وَقُطِعَ بِهِ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْمَثْرُوكُ لَا يَفْضَلُ عَنْ غَنَى الْوَرَثَةِ ، لَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ . وَاخْتَارَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : هُوَ مَنْ كَانَ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ آلَافٍ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : تُسَنُّ لِمَنْ تَرَكَ وَرَثَةً وَأَلْفَ ذِرْهَمٍ فَصَاعِدًا ، لَا دُونَهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ .

(١) تقدم تخريجه في ٣٤٣/١١ . من حديث : « والثلاث كثير » .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٤٠/٦ .

(٣) انظر ما أخرجه البيهقي ، في : باب من استحب ترك الوصية إذا لم يترك شيئا كثيرا ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٧٠/٦ .

الشرح الكبير

لِمَالِكِهِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَرَكَ دُونَ أَلْفٍ لَا تُسْتَحَبُّ لَهُ الْوَصِيَّةُ .
وعن عليٍّ ، أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ . وعن ابنِ عباسٍ : إِذَا تَرَكَ الْمَيِّتُ سَبْعُمِائَةَ
دِرْهَمٍ فَلَا يُوصَى . وقال : مَنْ تَرَكَ سِتِّينَ دِينَارًا مَا تَرَكَ خَيْرًا . وقال
طَاوُسٌ : الْخَيْرُ ثَمَانُونَ دِينَارًا . وقال النَّخَعِيُّ : أَلْفٌ إِلَى خَمْسِمِائَةٍ . وقال
أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَلِيلُ أَنْ يُصِيبَ أَقْلُ الْوَرَثَةِ سَهْمًا خَمْسُونَ دِرْهَمًا . قال
شيخنا^(١) : وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْمَتْرُوكُ لَا يَفْضَلُ عَنْ
غَنَى الْوَرَثَةِ ، لَمْ تُسْتَحَبَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ الْمَنْعَ مِنَ الْوَصِيَّةِ
بِقَوْلِهِ : « إِنَّكَ أَنْ تَتَرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً » . وَلَأَنَّ
إِعْطَاءَ الْقَرِيبِ الْمُحْتَاجِ خَيْرٌ مِنْ إِعْطَاءِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَمَتَى لَمْ يَبْلُغِ الْمِيرَاثُ
غِنَاهُمْ ، كَانَ تَرْكُهُ لَهُمْ كَعَطِيَّتِهِمْ إِلَيْهِ ، فَيَكُونُ أَفْضَلُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِهِ
لِغَيْرِهِمْ . فعلى هذا ، تَخْتَلِفُ الْحَالُ بِاخْتِلَافِ الْوَرَثَةِ فِي كَثَرَتِهِمْ وَقِلَّتِهِمْ
وَعِنَاهُمْ وَحَاجَتِهِمْ ، فَلَا يَتَّقِيْدُ بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ . وقد قال الشَّعْبِيُّ : مَا مِنْ
مَالٍ أَعْظَمُ أَجْرًا مِنْ مَالٍ يَتْرُكُهُ الرَّجُلُ لَوَلَدِهِ ، يُغْنِيهِمْ بِهِ عَنِ النَّاسِ .

فائدة : الْمُتَوَسِّطُ فِي الْمَالِ ، هُوَ الْمَعْرُوفُ فِي عَرَفِ النَّاسِ بِذَلِكَ . على
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » . وقيل : الْمُتَوَسِّطُ ؛ مَنْ لَهُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ ، وَالْفَقِيرُ ؛ مَنْ لَهُ
دُونَهَا . وَجَزَمَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ الْمُتَوَسِّطَ ؛ مَنْ مَلَكَ مِنْ أَلْفٍ إِلَى ثَلَاثَةِ
آلَافٍ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » .
وقيل : الْفَقِيرُ ؛ مَنْ لَهُ دُونَ أَلْفٍ . وَنَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : قَالَ

(١) في : المضي ٣٩٢/٨ ، ٣٩٣ .

فصل : والأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنيا ؛ لقول النبي ﷺ : « **وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ** » . قال ابن عباس : لو أن الناس غَضُّوا^(١) من الثلث ، فإن النبي ﷺ قال : « **الثلث كثير** » . متفق عليه . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث . ولنا ، أن النبي ﷺ قال لسعد : « **وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ** » . مع إخباره إياه بكثرة ماله وقلة عياله ، فإنه قال في الحديث : إن لي مالا كثيرا ، ولا يرثنى إلا ابنتي . وروى سعيد^(٢) ، ثنا خالد بن عبد الله ، ثنا عطاء بن السائب ، عن أبي عبد الرحمن السلمي ، عن سعد بن مالك ، قال : مرصت مرصا فعادني رسول الله ﷺ فقال لي : « **أَوْصَيْتَ ؟** » . فقلت : نعم ، أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله ، فقال لي رسول الله ﷺ : « **أَوْصِ بِالْعُشْرِ** » . فقلت : يا رسول الله ، مالي كثير ، وورثتي أغنياء . فلم يزل رسول الله ﷺ يناقضني وأناقصه حتى قال : « **أَوْصِ بِالثُّلُثِ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ** » . قال أبو عبد الرحمن : لم يكن منا من يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئا ؛ لقول رسول الله ﷺ : « **الثلث والثلث كثير** » . إذا ثبت هذا ،

أصحابنا : هو فقير .

قوله : بخمس ماله . يعني ، يستحب لمن ترك خيرا الوصية بخمس ماله . وهذا المذهب . جزم به في « **الوجيز** » ، و « **شرح ابن منجي** » ،

(١) في م : « **نقصوا** » .

(٢) في : باب هل يوصي الرجل من ماله بأكثر من الثلث ؛ من كتاب الوصايا . السنن ١٠٦/١ ، ١٠٧ .

الشرح الكبير

فالأفضل للغني الوصية بالخمس . روى نحوه هذا عن [١٧٢/٥ ط] أبي بكر الصديق ، وعلي بن أبي طالب ، رضي الله عنهما^(١) . وهو ظاهر قول السلف ، وعلماء أهل البصرة . ويروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه جاءه شيخ ، فقال : يا أمير المؤمنين ، أنا شيخ كبير ، ومالي كثير ، ويرثني أعراب موال كلاله ، منزوح نسبهم^(٢) ، أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . فلم يزل يحطه حتى بلغ العشر^(٣) . وقال إسحاق : السنة الربع ، إلا أن يكون الرجل يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها ، فله استيعاب الثلث . ولنا ، أن أبا بكر الصديق ، رضي الله عنه ، أوصى بالخمس ، وقال : رضييت بما رضي الله به لنفسه . يريد قوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾^(٤) . وروى أن أبا بكر وعلياً ، رضي الله

الإنصاف

و « الشرح » . وقدمه في « الفروع » ، و « الفائق » . وقال الناطم : يستحب لمن له مال كثير ، ووارثه غني ، الوصية^(٥) بخمس ماله . وقيل : بثلث ماله عند كثرتة . اختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل . قال الحارثي : وهو المنصوص . وقال في « الأنصاح » : تسن الوصية بدون الثلث . وقال في

(١) أخرجه عنهما سعيد بن منصور في الموضع السابق ، وانظر ما أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦٦/٩ ، ٦٧ .

(٢) م : « بينهم » .

(٣) أخرجه سعيد في : الباب السابق ١٠٧/١ . والدارمي في : باب الوصية بأقل من الثلث ، من كتاب الوصايا ،

سنن الدارمي ٤٠٨/٢ مختصراً .

(٤) سورة الأنفال ٤١ .

وانظر ما أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦٦/٩ ، ٦٧ .

(٥) زيادة من : ١ .

عنهما ، أَوْصِيَا بِالْخُمْسِ . وعن عليٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لِأَنَّ أَوْصِيَّ بِالْخُمْسِ ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَوْصِيَ بِالرُّبْعِ ^(١) . وعن إبراهيم ، قَالَ : كَانُوا يَقُولُونَ : صَاحِبُ الرُّبْعِ أَفْضَلُ مِنْ صَاحِبِ الثُّلُثِ ، وَصَاحِبُ الْخُمْسِ أَفْضَلُ مِنْ صَاحِبِ الرُّبْعِ . وعن الشَّعْبِيِّ ، قَالَ : كَانَ الْخُمْسُ أَحَبَّ إِلَيْهِمْ مِنَ الثُّلُثِ ، فَهُوَ مُنْتَهَى الْجَامِحِ ^(٢) . وعن العلاء بن زيادٍ ، قَالَ : أَوْصَى أَبِي أَنْ أَسْأَلَ الْعُلَمَاءَ : أَيُّ الْوَصِيَّةِ أَعْدَلُ ؟ فَمَا تَتَابَعُوا عَلَيْهِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ ، فَتَتَابَعُوا عَلَى الْخُمْسِ ^(٣) .

« الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ : يُسْتَحَبُّ لِلْعَنِيِّ الْوَصِيَّةُ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلِلْمُتَوَسِّطِ بِالْخُمْسِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ كَثِيرٌ ؛ أَلْفَانِ أَوْ ثَلَاثَةً ، أَوْصَى بِالْخُمْسِ ، وَلَمْ يُضَيِّقْ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ^(٤) مَالٌ كَثِيرٌ ، فَبِالرُّبْعِ ، أَوْ الثُّلُثِ . وَأَطْلَقَ فِي « الْمُغْنِيَةِ » اسْتِحْبَابَ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ لِقَرِيبٍ فَقِيرٍ ، فَإِنْ كَانَ الْقَرِيبُ غَنِيًّا ؛ فَلِمَسْكِينٍ ، وَعَالِمٍ ، وَدِينٍ ، قَطَعَهُمْ عَنِ السَّبَبِ الْقَدَرُ ، وَضَيَّقَ عَلَيْهِمُ الْوَرَعُ الْحَرَكَةَ فِيهِ ، وَأَنْقَلَبَ السَّبَبُ عِنْدَهُمْ فَتَرَكُوهُ ، وَوَقُّفُوا بِالْحَقِّ . انْتَهَى . وَكَذَا قَيْدُ الْمُصَنَّفِ فِي « الْمُغْنِيَةِ » اسْتِحْبَابَ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ لِقَرِيبٍ فَقِيرٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : مَعَ أَنَّ دَلِيلَهُ عَامٌّ .

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦٦/٩ .

(٢) أخرجه عنهما ابن أبي شيبة في المصنف ٢٠١/١١ .

(٣) أخرجه سعيد في سننه ١٠٧/١ ، ١٠٨ . والدارمي في : باب الوصية بأقل من الثلث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٠٧/٢ .

(٤) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فصل: والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون ، إذا كانوا فقراء ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن عبد البر^(١) : لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك ، إذا كانوا ذوى حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم ، وأقل ذلك الاستحباب ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَآتَ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾^(٢) . وقال تعالى : ﴿ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّ ذَوِي الْقُرْبَىٰ ﴾^(٣) . فبدأ بهم . ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل ، فكذلك بعد الموت . فإن أوصى لغيرهم وتركهم ، صحت وصيته في قول أكثر أهل العلم ، منهم ؛ سالم ،

قوله : وتكره لغيره ، إن كان له ورثة . أي ، تكره الوصية لغير من ترك خيراً ، فتكره للفقير الوصية مطلقاً . على الصحيح من المذهب . نقل ابن منصور ، لا يوصى بشيء . قال في « الوجيز » : لا تسن لمن ترك أقل من ألف درهم . وقدمه في « الفروع » . وقيل : تكره إذا كان ورثته محتاجين ، وإلا فلا . قال في « التبصير » : رواه ابن منصور ، وقاله في « المغني » وغيره . وجزم به في « الرعايتين » ، و « النظم » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » . قلت : وهو الصواب . وتقدم إطلاقه في « الغنية » استحباب الوصية بالثلث . وتقدم ما اختاره المصنف .

(١) انظر التمهيد لابن عبد البر ٣٠٠/١٤ .

(٢) سورة الإسراء ٢٦ .

(٣) سورة البقرة ١٧٧ .

المقنع فَأَمَّا مَنْ لَا وَاِرِثَ لَهُ ، فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ إِلَّا الثُّلُثُ .

الشرح الكبير وَسَلِّمَانُ بْنُ يَسَارٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَحُكِيُّ عَنْ طَاوُسٍ ، وَالضَّحَّاكُ ، وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنِ يَعْلَى ، أَنَّهُمْ قَالُوا : يُتَزَعُ عَنْهُمْ وَيُرَدُّ إِلَى قَرَابَتِهِ . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ : لِلَّذِي أَوْصَى لَهُ ثُلُثُ الثُّلُثِ ، وَالْبَاقِي يُرَدُّ إِلَى قَرَابَةِ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَالِهِ كُلِّهِ ، لَجَازَ مِنْهُ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي يُرَدُّ عَلَى الْوَرَثَةِ ، وَأَقَارِبُهُ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَهُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ كَالْوَرَثَةِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَالِ كُلِّهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبُدٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَدَعَاهُمْ فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً^(١) . [١٧٣/٥ و] فَأُجَازَ الْعِتْقُ فِي ثُلْثِهِ لَغَيْرِ أَقَارِبِهِ . وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ فَجَازَتْ لَغَيْرِ أَقَارِبِهِ ، كَالْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ .

٢٦٥٥ - مسألة : (فَأَمَّا مَنْ لَا وَاِرِثَ لَهُ ، فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ إِلَّا الثُّلُثُ) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،

الإِنصافُ قَوْلُهُ : فَأَمَّا مَنْ لَا وَاِرِثَ لَهُ ، فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّيْرَازِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٤ .

فِي مَنْ لَمْ يُخَلِّفْ مِنْ وُرائِهِ عَصَبَةً وَلَا ذَا فَرَضٍ ، فَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّ وَصِيَّتَهُ جَائِزَةٌ بِكُلِّ مَالِهِ . ثَبَتَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَبِهِ قَالَ عَبِيدَةُ السَّلْمَانِيُّ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ إِلَّا الثُّلُثُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْ يَعْقِلُ عَنْهُ ، فَلَمْ تَنْفُذْ وَصِيَّتَهُ فِي أَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ وَارِثًا ، وَلِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ يَرِثُونَهُ ، وَهُوَ يَتُّ الْمَالِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ إِنَّمَا كَانَ لَتَعْلُقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِهِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وَهَهُنَا لَا وَارِثٌ ^(١) لَهُ يَتَعْلَقُ حَقُّهُ بِمَالِهِ ، فَأُشْبِهَ حَالَ الصَّحَّةِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَعْلَقْ بِمَالِهِ حَقُّ وَارِثٍ وَلَا غَرِيمٍ ، أَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ ، وَالثُّلُثُ .

« الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَالْإِنْصَافِ ، وَ « الْفَاتِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » [٢٦٥/٢] وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، لَا تَجُوزُ إِلَّا بِالثُّلُثِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْصَارِ » : هَذِهِ الرِّوَايَةُ صَرِيحَةٌ فِي مَنَعِ الرَّدِّ ، وَتَوْرِيثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقِيلَ : تَجُوزُ بِمَالِهِ كُلِّهِ ، إِذَا كَانَ وَارِثُهُ ذَارِجٌ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَأُطْلِقَ فِي « الْفَاتِي » ، فِي ذَوِي الْأَرْحَامِ ، وَجَهَيْنِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : بَنَاهُمَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى أَنَّ الْحَقَّ لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَبَنَاهُمَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ يَتُّ الْمَالِ ؛ هَلْ هُوَ جِهَةٌ وَمَصْلَحَةٌ ، أَوْ وَارِثٌ ؟ فَإِنْ قِيلَ : هُوَ جِهَةٌ وَمَصْلَحَةٌ . جَازَتْ الْوَصِيَّةُ

(١) فِي م : « وَرِاثٌ » .

فصل : وإن حَلَفَ ذا فَرَضٍ لا يَرِثُ جَمِيعَ المَالِ ، كَبِنَتْ أَوْ أُمٌّ ، لم تكنْ له الوَصِيَّةُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ سَعْدًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : لا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ . فَمَنَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ ، وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ المَالِ بِالْفَرَضِ وَالرُّدِّ ، فَأَشْبَهَ الْعَصْبَةَ . وَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتَةِ زَوْجٌ ، أَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ امْرَأَةٌ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ تَنْقُصُ حَقَّهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ فَرَضَهُ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ، لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(١) . وَقِيلَ : تَبْطُلُ فِي قَدْرِ فَرَضِهِ مِنَ الثُّلْثَيْنِ . فَإِذَا كَانَ لِلْمَيِّتَةِ زَوْجٌ ، فَلَهُ الثُّلْثُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ امْرَأَةٌ ، فَلَهَا السُّدُسُ ، وَهُوَ رُبْعُ البَاقِي بَعْدَ الثُّلْثِ ، وَالبَاقِي لِلْمَوْصَىٰ لَهُ . وَهَذَا أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الثُّلْثَ لَيْسَ لِلوَارِثِ فِيهِ أَمْرٌ ، إِنَّمَا إِجَارَتْهُ وَرَدُّهُ فِي الثُّلْثَيْنِ ، وَلَمْ يَنْقُصْ عَلَيْهِ مِنْهُمَا شَيْءٌ . فَأَمَّا ذَوُو الأَرْحَامِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الوَصِيَّةَ بِجَمِيعِ المَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : وَمَنْ أَوْصَىٰ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلَا عَصْبَةَ لَهُ وَلَا مَوْلىً ، فَجَائِزٌ . وَذَلِكَ لِأَنَّ ذَا الرَّحْمِ إِزْنُهُ كَالْفَضْلَةِ وَالصَّلَةِ ، وَلِذَلِكَ لَا يُضَرَفُ

بِجَمِيعِ مَالِهِ . وَإِنْ قِيلَ : هُوَ وَارِثٌ . فَلَا تَجُوزُ إِلَّا بِالثُّلْثِ . وَتَابَعَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَيَأْتِي الكَلَامُ فِي ذَلِكَ مُسْتَوْفَى ، فِي آخِرِ بَابِ أَصُولِ الْمَسَائِلِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ مَاتَ وَتَرَكَ زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً ، لَا غَيْرُ ، وَأَوْصَىٰ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَرُدُّ ، بَطَلَتْ فِي قَدْرِ فَرَضِهِ مِنَ الثُّلْثَيْنِ ، فَيَأْخُذُ الْمَوْصَىٰ لَهُ الثُّلْثُ ، ثُمَّ يَأْخُذُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَرَضَهُ مِنَ الْبَاقِي ؛ وَهُوَ الثُّلْثَانِ ، فَيَأْخُذُ الرَّبْعَ ، إِنْ كَانَ زَوْجَةً ، وَالتَّصْفَ ، إِنْ كَانَ زَوْجًا ، ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَوْصَىٰ لَهُ الْبَاقِي مِنَ الثُّلْثَيْنِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ

(١) سورة النساء ١١ .

الشرح الكبير

إليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ، ولا تجب نفقتهم في الصحيح .
ويحتمل كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه لا تنفذ وصيته فيما زاد
على الثلث ؛ لأن له وارثا ، فيدخل في معنى قوله عليه السلام : « إنك أن
تترك ورثتك [١٧٣/٥ ط] أغنياء ، خير من أن تدعهم عالة يتكففون
الناس » . ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته ، فأشبهوا ذوى الفروض
والعصابات ، وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسألتنا ،
كذوى الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا .

فصل : فإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه ، و^(١) قال :
أوصيت لفلان بثلثي ، على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئا من فرضه . أو
خلف امرأة ، وقال : أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها . صح
في المسألة الأولى ؛ لأن ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية ، فلا فرق
في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال ، أو يجعلها من الزائد على

الإنصاف الشارح ، وصاحب « الفائق » . وقدمه في « الرعاية الكبرى » ،
و « الفروع » . وجزم به في « المحرر » ، و « النظم » ، و « الرعاية
الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » . وقيل : لا يأخذ الموصي له مع أحد
الزوجين سوى الثلث . وقدمه في « الشرح » ، و « الفائق » . قلت : وهو ظاهر
كلام المصنف ، وصاحب « الوجيز » ، وغيرهما ؛ حيث قالوا : ولا يجوز لمن
له وارث الوصية^(٢) بزيادة على الثلث .

(١) في م : (أو) .

(٢) زيادة من : أ .

المقنع وَلَا تَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ .

الشرح الكبير الفَرَضُ . فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ ، فَتَنْبِيْهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَصِحُّ ثُمَّ . صَحَّتْ هُنَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ عَنْ فَرَضِ الزَّوْجَةِ مَالٌ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصِحُّ ثُمَّ . فَهُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ جُعِلَ كَالْوَارِثِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ ذُو وَرَثَةٍ يَسْتَغْرِقُونَ الْمَالَ إِذَا عَيَّنَّ الْوَصِيَّةَ مِنْ نَصِيبِ الْعَصَبَةِ مِنْهُمْ . فَعَلَى هَذَا ، يُعْطَى الْمُوصَى لَهُ الثُّلْثُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْقُطُ تَخْصِيصُهُ .

٢٦٥٦ - مسألة : (وَلَا تَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ) وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ

الإِنصَافُ فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا مِنْ أَهْلِ الْفُرُوضِ ، وَقُلْنَا بَعْدَ الرَّدِّ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » وَغَيْرِهَا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَوْصَى أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ ، فَلَهُ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى الْمَالُ كُلُّهُ لِزَنَانِ الْوَصِيَّةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ . وَلَهُ عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ الثُّلْثُ بِالْوَصِيَّةِ ، ثُمَّ فَرَضُهُ مِنَ الْبَاقِي ، وَالبَقِيَّةُ لِبَيْتِ الْمَالِ .

قوله : وَلَا تَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ . يَخْرُؤُ عَلَيْهِ فَعَلُ ذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « تَذْكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » . وَقِيلَ : يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : يُكْرَهُ .

غير الوارث تَلَزَمُ في الثُلُثِ من غير إجازة ، وما زاد على الثُلُثِ يَقِفُ على إجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز ، وإن رُدُّوه بطل ، في قول أكثر العلماء ؛ لقول النبي ﷺ لسعد حين قال : أوصى بمالي كله ؟ قال : « لا » . الحديث ، إلى أن قال : فبالثُلُثِ ؟ (قال : « الثُلُثُ ») ، والثُلُثُ كثيرٌ (١) . وقوله عليه السلام : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ » (٢) . يدلُّ على أنه لا شيء له في الزائد عليه . وحديث عمران بن حصين في المملوكين الستة الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم ، فجزأهم النبي ﷺ ثلاثة أجزاء ، فأعتق اثنين وأرق (٣) أربعة ، وقال له قولاً شديداً . يدلُّ على أنه لا يصحُّ تصرفه فيما زاد على الثُلُثِ إذا لم يُجزِ الورثة ، ويجوزُ بإجازتهم ؛ لأنَّ الحقَّ لهم . وقد قيل : إنَّ الوصية بما زاد على الثُلُثِ باطلة . كما يُذكرُ فيما إذا أوصى للوارث .

قلت : وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبولك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، وغيرهم . وجزم به في « الرعاية الكبرى » ، في الثانية . وقدمه في الأولى . وعنه ، يُكره في صحته من كلِّ ماله . نقله حنبلي . قلت : الأولى الكراهة . ولو قيل بالإباحة ، لكان له وجه . قوله : إلا بإجازة الورثة . يعني ، أنها تصحُّ بإجازة الورثة ، فتكون موقوفة

(١-١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٤٣/١١ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٣ .

(٤) في م : « أرت » .

والشرح الكبير وحُكْمُ الوَصِيَّةِ لِلوَارِثِ كَالْحُكْمِ فِي الوَصِيَّةِ لغيرِهِ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ ، فِي أَنَّهَا تَبْطُلُ بِالرَّدِّ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، وَجَاءَتِ الْأَخْبَارُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِذَلِكَ ، فَرَوَى أَبُو أُمَامَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنْ [١٧٤/٥] اللَّهُ قَدْ أُعْطِيَ كُلُّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١) . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ مِنْ تَفْضِيلِ بَعْضٍ وَلَدِهِ عَلَى بَعْضٍ فِي حَالِ الصَّحَّةِ ^(٢) ، مَعَ إِمْكَانِ تَلَا فِي الْعَدْلِ بَيْنَهُمْ بِإِعْطَاءِ الَّذِي لَمْ يُعْطِهِ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِيقَاعِ الْعِدَاوَةِ وَالْحَسَدِ بَيْنَهُمْ ، فَفِي حَالِ مَوْتِهِ وَتَعَلَّقِ الْحُقُوقِ بِهِ وَتَعَذُّرِ تَلَا فِي الْعَدْلِ بَيْنَهُمْ ، أَوْلَى وَأُخْرَى . فَإِنْ أَجَا زَهَا بَاقِي الْوَرَثَةِ ، جَا زَتْ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ وَإِنْ أَجَا زَهَا الْوَرَثَةُ ، إِلَّا أَنْ يُعْطَوْهُ عَطِيَّةً مُبْتَدَأَةً . أَخَذَا مِنْ ظَاهِرِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ : لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ . وَهَذَا قَوْلُ الْمُزْنِيِّ ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ ، وَقَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ . وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » .

الإِنصَافُ عليها . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . صَحَّحَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَشْهُورُ الْمَنْصُورُ فِي الْمَذْهَبِ ؛ حَتَّى أَنَّ الْقَاضِيَّ فِي « التَّعْلِيقِ » ، وَأَبَا الْخَطَّابِ فِي

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٢ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦٠ .

وظاهرُ مذهبِ أحمدَ ، والشافعيِّ ، أنَّ الوَصِيَّةَ صحيحةٌ في نَفْسِهَا ؛ لأنَّه تَصَرَّفُ صَدْرٍ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ ، وَالْخَبَرُ قَدْ رُوِيَ فِيهِ : « إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ » ^(١) . وَالاسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّفْيِ إِبْطَاتٌ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، وَلَوْ خِلَافَ الْاسْتِثْنَاءِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ : لَا وَصِيَّةَ نَافِذَةً أَوْ لَازِمَةً ، أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا ، أَوْ يُقَدَّرُ فِيهِ : لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ مِنْ غَيْرِهِ مِنَ الْوَرَثَةِ . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِذَا كَانَتْ صَحِيحَةً ، فَإِجَازَةُ الْوَرَثَةِ تَنْفِذُ وَإِجَازَةُ مَحْضَةٍ يَكْفِي فِيهَا قَوْلُ الْوَارِثِ : أَجَزْتُ . وَإِنْ كَانَتْ بَاطِلَةً كَانَتْ الْإِجَازَةُ هَبَةً مُبْتَدَأَةً . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ أَسْقَطَ عَنْ وَارِثِهِ دَيْنًا ، أَوْ وَصَّى بِقَضَاءِ دَيْنِهِ ، أَوْ أَسْقَطَتِ الْمَرْأَةُ صَدَاقَهَا عَنْ زَوْجِهَا ، أَوْ عَفَا عَنْ جَنَائِيَةٍ مُوجِبُهَا الْمَالَ ، فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ

« خِلَافُهُ » ، وَالْمَجْدُ ، وَجَمَاعَةٌ ، لَمْ يَحْكُوا فِيهِ خِلَافًا . وَعَنْهُ ، الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَإِنْ أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ ، إِلَّا أَنْ يُعْطُوهُ عَطِيَّةً مُبْتَدَأَةً . وَاخْتَارَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْفَاتِحِ » فِي الْأَجْنَبِيِّ ، وَرِوَايَةٌ فِي الْوَارِثِ .

تنبيه : يُسْتَتْنَى مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْهَبَةِ . وَفِيهِ قَوْلٌ اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ الصَّحَّةِ . فَيَكُونُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مُوَافِقًا لِمَا اخْتَارَهُ .

(١) أخرج هذه الزيادة الدارقطني ، في : كتاب الفرائض ، وفي : كتاب الوصايا . سنن الدارقطني ٩٨/٤ ، ١٥٢ . والبيهقي ، في : باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين والوارثين ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٦٤/٦ . وانظر تلخيص الحبير ٩٢/٣ . وإرواء الغليل ٩٦/٦ - ٩٨ .

المقنع **إِلَّا أَنْ يُوصَىٰ لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدَرِ مِيرَاثِهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .**

الشرح الكبير له . وإن عفا عن القصاص ، وقلنا : الواجب القصاص عينا . سقط إلى غير بدل . وإن قلنا : الواجب أحد شيئين . سقط القصاص ، ووجب المال . وإن عفا عن حد القذف ، سقط مطلقا . وإن وصى لعريم وارثه ، صحَّت الوصية . وكذلك إن وهب له . وبهذا قال الشافعي ، وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف : هي وصية للوارث ؛ لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفي دينه منها . ولنا ، أنه وصى لأجنبي ، فصح ، كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه . وإن وصى لولد وارثه ، صح ، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث ، لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى . قال طاووس في قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾ ^(١) . قال : أن يوصى لولد ابنته ، وهو يريد ابنته . رواه سعيد ^(٢) . وقال ابن عباس : الجنف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر ^(٣) .

٢٦٥٧ - مسألة : فإن وصى (لكل وارث بمُعَيَّنٍ بِقَدَرِ) نصيبه ؛

الإنصاف قوله : **إِلَّا أَنْ يُوصَىٰ لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدَرِ مِيرَاثِهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى**

(١) سورة البقرة ١٨٢ .

(٢) تفسير سعيد بن منصور ٦٧٣/٢ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب من قال بنسخ الوصية للأقربين الذين لا يرثونه ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٦٥/٦ ، ٢٦٦ . والدارقطني ، في : كتاب الوصايا . سنن الدارقطني ١٥٢/٤ .

(٣) أخرجه سعيد في تفسيره ٦٧٤/٢ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قوله عز وجل : ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا ... ﴾ ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٧١/٦ . وضعف رفعه .

وَأِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْوَصَايَا ، تَحَاصُّوا فِيهِ ، وَأَدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ . وَعَنْهُ ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ .

الشرح الكبير

كرجلٍ خَلَفَ ابْنًا وَبَنَاتًا ، [١٧٤/٥ ط] وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَأَمَةً قِيمَتُهَا خَمْسُونَ ، فَوَصَّى لِلابْنِ بِالْعَبْدِ ، وَلِلْبَنَاتِ بِالْأَمَةِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَارِثِ فِي الْقَدْرِ لَا فِي الْعَيْنِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ عَاوَضَ الْمَرِيضُ بَعْضَ وَرَثَتِهِ أَوْ أَجْنَبِيًّا بِجَمِيعِ مَالِهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ إِذَا كَانَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ . وَإِنْ تَضَمَّنَ فَوَاتَ عَيْنِ الْمَالِ . وَالثَّانِي ، يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَّةِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَعْيَانِ غَرَضًا صَحِيحًا ، فَكَمَا لَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّ الْوَارِثِ مِنْ قَدْرِ حَقِّهِ ، لَا يَجُوزُ مِنْ عَيْنِهِ .

٢٦٥٨ - مسألة : (وَإِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْوَصَايَا ، تَحَاصُّوا فِيهِ ، وَأَدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ . وَعَنْهُ ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ) إِذَا خَلَّتْ

الإنصاف

وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصَحُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَتَصِحُّ مُعَاوَضَةُ مَرِيضٍ بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، وَعَنْهُ ، مَعَ وَارِثٍ بِإِجَازَةٍ ، اخْتَارَهُ فِي « الْإِنْصَافِ » ؛ لِفَوَاتِ حَقِّهِ مِنَ الْمُعَيَّنِ . ثُمَّ قَالَ : وَمِثْلُهَا وَصِيَّةٌ لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ حَقِّهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْحَارِثِيُّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا تَصِحُّ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَّةِ . صَحَّحَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « النَّظْمِ » .

قوله : وَإِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْوَصَايَا ، تَحَاصُّوا فِيهِ ، وَأَدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلِّ

الوصايا من العتق ، وتجاوزت الثلث ، فردَّ الورثة الزيادة ، فإنَّ الثلث يُقسَّم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ، ويدخل النقض على كل واحدٍ منهم بقدر ماله في الوصية ، كمسائل العول إذا زادت الفروض عن المال . فلو وصَّى لرجل بثلث ماله ، وآخر بمائة ، وآخر بمعين قيمته خمسون ، ووصَّى بفداء أسير بثلاثين ، ولعمارة مسجد بعشرين ، وثلث ماله مائة ، جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ، ونسبت منها الثلث فكان ثلثها ، فتعطى كل واحدٍ منهم ثلث وصيته ، فلصاحب الثلث ثلث المائة ، وكذلك صاحب المائة ، ولصاحب الخمسين سدسها ، وفداء الأسير عشرة ، ولعمارة المسجد ستة وثلثان . وإن كان فيها عتق ، ففيها رواتان ؛ إحداهما ، أنَّ الثلث يُقسَّم بين الوصايا والعتق ، كما لو لم يكن فيها عتق . وهذا قول ابن سيرين ، والشَّعْبِيّ ، وأبي ثورٍ ؛ لأنَّهم تساووا في سبب الاستحقاق ، فتساووا فيه ، كسائر الوصايا . والرواية الثانية ، يُقدَّم العتق ، وما فضل منه يُقسَّم بين سائر الوصايا^(١) على قدر وصاياهم .

واحدٍ بقدر وصيته . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، يُقدَّم العتق . ولو استوعب الثلث ، فعليهما^(٢) ؛ هل يُبدَأُ بالكتابة ، لأنَّه المقصودُ بها ، أو لا ؛ لأنَّ العتق تعليلٌ ليس للكتابة ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضي ، والمصنّف ، والحرثيّ ، [٢٦٥/٢ ظ] وغيرهم .

(١) في المغنى ٥٧٧/٨ : « أهل الوصايا » .

(٢) في ط : « فعليها » .

وَإِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ ، جَازَتْ .

المقتنع

الشرح الكبير

رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَعَطَاءُ الْخُرَاسَانِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، وَلِلْأَدَمِيِّ ، فَكَانَ آكَدَ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ فُسْخٌ وَيَلْحَقُ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّهُ أَقْوَى ، بِدَلِيلِ سِرَائِيَّتِهِ وَنَفُوذِهِ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُفْلِسِ . وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَالْعَطَايَا الْمُعَلَّقَةُ بِالْمَوْتِ ، كَقَوْلِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَعْطُوا فُلَانًا كَذَا - أَوْ - أَعْتَقُوا فُلَانًا . وَنَحْوَهُ ، وَصَايَا حُكْمُهَا حُكْمُ غَيْرِهَا مِنَ الْوَصَايَا فِي «التَّسْوِيَةِ بَيْنَ» مُقَدِّمِهَا وَمُؤَخَّرِهَا ، وَالْخِلَافُ فِي تَقْدِيمِ الْعِتْقِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلْزَمُ بِالْمَوْتِ ، فَتَسَاوَى كُلُّهَا .

فصل : إِذَا وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ، لَزِمَ الْوَارِثُ إِعْتَاقَهُ ، وَيُجْبِرُهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ إِنْ أَبَى ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَتَّفِيدِ [١٧٥/٥] الْوَصِيَّةِ بِالْعَطِيَّةِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ أَوْ الْحَاكِمُ ، فَهُوَ حُرٌّ مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ السَّبَبُ ، وَهُوَ لَاءُ نُوَابٍ عَنْهُ ، وَلِهَذَا لَزِمَ لَهُمْ إِعْتَاقُهُ . فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِهِ إِلَى غَيْرِ الْوَارِثِ ، كَانَ الْإِعْتَاقُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْمُوصِي فِي إِعْتَاقِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ غَيْرُهُ إِذَا لَمْ يَمْتَنِعَ ، كَالْوَكِيلِ فِي الْحَيَاةِ .

٢٦٥٩ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ ، جَازَتْ) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ . وَإِنْ رَدُّوْهَا ، بَطَلَتْ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِجَازَتِهِمْ

الإنصاف

(١-١) سقط من : م .

المقنع وإِجَازَتُهُمْ تَنْفِيزٌ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَلَا تَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ
الْهَبَةِ ، وَلَا تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا فِيهَا . فَلَوْ كَانَ الْمُجِيزُ أَبًا لِلْمُجَازِ لَهُ ،
لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمُجَازُ عَتَقًا كَانَ الْوَلَاءُ لِلْمُوصِي
يَخْتَصُّ بِهِ عَصَبَتُهُ ، وَلَوْ كَانَ وَقَفًا عَلَى الْمُجِيزِينَ ، صَحَّ . وَعَنْهُ
مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِجَازَةَ هَبَةٌ ، فَتُعَكِّسُ هَذِهِ الْأَحْكَامُ .

الشرح الكبير وبَطَلَ بَرَدُهُمْ (وإِجَازَتُهُمْ تَنْفِيزٌ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ) لِأَنَّ ظَاهِرَ
الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ صَحِيحَةٌ
مَوْقُوفَةٌ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَّةِ . فَعَلَى هَذَا ، تَكُونُ إِجَازَتُهُمْ تَنْفِيزًا وَإِجَازَةً
مَحْضَةً ، يَكْفِي فِيهَا قَوْلُ الْوَارِثِ : أَجَزْتُ - أَوْ - أَمْضَيْتُ - أَوْ -
نَفَّذْتُ . فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ لَزِمَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَلَا خِلَافَ فِي تَسْمِيَّتِهَا إِجَازَةً ،
فَعَلَى هَذَا (لَا تَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ ، وَلَا تَثْبُتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْهَبَةِ) لِأَنَّهَا
لَيْسَتْ هَبَةً . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ . فَعَلَى هَذَا ، تَكُونُ هَبَةً
تَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ ، وَتَثْبُتُ فِيهَا أَحْكَامُهَا (فَلَوْ كَانَ الْمُجِيزُ أَبًا لِلْمُجَازِ
لَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ) إِذَا قُلْنَا : إِنَّهَا إِجَازَةٌ مُجَرَّدَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ
هَبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ . فَلَهُ الرُّجُوعُ . وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ
وَصَّى بِعَتَقِهِ فَأَعْتَقُوهُ بِوَصِيَّتِهِ ، نَفَذَ الْعِتْقُ فِي ثُلَاثِهِ ، وَوَقَفَ عِتْقُ بَاقِيهِ عَلَى
إِجَازَةِ الْوَرَّةِ ، فَإِنْ أَجَازُوهُ عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَاخْتَصَّ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ بِوَلَايَتِهِ

الإِنصاف قوله : وإِجَازَتُهُمْ تَنْفِيزٌ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ كَمَا قَالَ . قَالَ فِي
« الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » : أَشْهُرُ الرَّوَايَتَيْنِ ، أَنَّهَا تَنْفِيزٌ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ

الشرح الكبير

كله ، على قولنا بصحة إعتاقه ووصيته . وكذلك لو تبرع بثُلث ماله في مرضه ، ثم أعتق أو وصى بالإعتاق ، فالحكم فيه على ما ذكرنا . وإن قلنا : الوصية باطلة والإجازة عطية مبتدأة . اختص عصبات الميت بثُلث ولأئمه ، وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم ؛ لأنهم بأشروه بالإعتاق . ولو تزوج رجل ابنة عمه ، فأوصت له بوصية أو أعطته في مرض موتها ، ثم ماتت وخلفته وأباه ، فأجاز أبوه وصيته وعطيته ، ثم أراد الرجوع ، فليس له ذلك إن قلنا : هي تنفيذ . وله الرجوع إن قلنا : هي هبة مبتدأة . ولو وقف في مرضه على ورثته ، فأجازوا الوقف ، صح إن قلنا : إجازتهم تنفيذ . وإن قلنا : هي عطية مبتدأة . انبنى على صحة وقف الإنسان على نفسه ، على ما ذكر من الخلاف فيه ^(١) .

المنصور في المذهب . وجزم به جماعة . انتهى . قال في « الفائق » وغيره : الإنصاف : والإجازة تنفيذ ، في أصح الروايتين . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . قال الشارح : لأن ظاهر المذهب ، أن الوصية للوارث والأجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ، فعلى هذا تكون إجازتهم تنفيذا ، وإجازة محضة ، يكفي فيها قول الوارث : أجزت . أو أمضيت . أو نفذت . انتهى . وعنه ما يدل على أن الإجازة هبة مبتدأة . قال في « الفروع » : وخصها في « الانتصار » بالوارث . قال الشارح : وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة . فعلى هذا ، تكون هبة . انتهى . وأطلقهما أبو الفرج .

(١) انظر ما تقدم في ٣٨٦/١٦ .

فصل : ولا فرق في الوصية بين المَرَضِ والصَّحَّةِ . وقد رَوَى حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنْ وَصَّى فِي الْمَرَضِ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَلَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَا شَاءَ . قَالَ الْقَاضِي : يُرِيدُ بِذَلِكَ [١٧٥/٥ ط] الْعَطِيَّةُ . أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَهِيَ عَطِيَّةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْهَا إِلَّا الثَّلَاثُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

تبيينان ؛ أحدهما ، قِيلَ : هَذَا الْخِلَافُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالزَّائِدِ عَلَى الثَّلَاثِ ؛ هَلْ هِيَ بَاطِلَةٌ ، أَوْ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْإِجَازَةِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ؟ وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّارِحِ قَرِيبًا عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : بَلْ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوَقْفِ . أَمَّا عَلَى الْبُطْلَانِ ، فَلَا وَجْهَ لِلتَّنْفِيزِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَهَذَا أَشْبَهُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . الثَّانِي ، لِهَذَا الْخِلَافِ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ ، ذَكَرَهَا ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِدِهِ » ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . فَمِنْهَا ، عَلَى الْمَذْهَبِ ، لَا تَقْتَرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ ؛ مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَالْقَبْضِ ، وَنَحْوِهِ ، بَلْ تَصِحُّ بِقَوْلِهِ : أَجَزْتُ . وَأَنْفَذْتُ . وَأَمْضَيْتُ . وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، تَقْتَرُ إِلَى الْإِيجَابِ ، وَالْقَبُولِ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . وَكَلَامُ الْقَاضِي يَقْتَضِي أَنَّ فِي صِحَّتِهَا بَلْفَظِ الْإِجَازَةِ وَجْهَيْنِ . قَالَ الْمَجْدُ : وَالصَّحَّةُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَمِنْهَا ، لَا تُثَبِّتُ أَحْكَامُ الْهَبَةِ ، عَلَى الْمَذْهَبِ ، فَلَوْ كَانَ الْمُجِيزُ أَبًا لِلْمُجَازِ لَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، لَهُ الرُّجُوعُ . وَمِنْهَا ، هَلْ يُعْتَبَرُ أَنَّ يَكُونُ الْمُجَازُ مَعْلُومًا لِلْمُجِيزِ ؟ فَفِي « الْخِلَافِ » لِلْقَاضِي ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ . وَطَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمَعْنَى » ، أَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ ، وَلَكِنْ هَلْ يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى الْجَهَالَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ : إِنْ قُلْنَا : الْإِجَازَةُ تَنْفِذٌ . صَحَّتْ بِالْمَجْهُولِ ، وَلَا رُجُوعَ ، وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ هَبَةٌ . فَوَجْهَانِ . وَمِنْهَا ، لَوْ كَانَ الْمُجَازُ عِتْقًا ، كَانَ الْوَلَاءُ لِلْمُوصِي ، تَخْتَصُّ بِهِ عَصَبَتُهُ ، عَلَى الْمَذْهَبِ ،

وعلى الثانية ، الولاء لمن أجاز ، ولو كان أنثى .

فائدة : لو كسب الموصى بعقبة بعد الموت وقبل الإعتاق ، فهو له . على الصحيح من المذهب . وذكره القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب « المحرر » ، وغيرهم . وقدمه فى « القاعدة الثانية والثمانين » . وقال المصنف فى « المغنى »^(١) ، فى آخر باب العتق : كسبه للورثة ، كأثم الولد . انتهى . ولو كان الموصى بعقبة أمة ، فولدت قبل العتق ، وبعد الموت ، تبعها الولد ، كأثم الولد . قدمه فى « القواعد » ، وقال : هذا هو الظاهر . وقال القاضى فى « تعليقه » : لا تعتق . ومنها ، لو كان وقفا على المجيزين ؛ فإن قلنا : الإجازة تنفيذ . صح الوقف ولزم ، وإن قلنا : هبة . فهو كوقف الإنسان على نفسه . ومنها ، لو حلف لا يهب ، فأجاز ، لم يحنث . على المذهب . وعلى الثانية ، يحنث . ومنها ، لو قبل الوصية المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة ، ثم أجزت ؛ فإن قلنا : الإجازة تنفيذ . فالملك ثابت له من حين قبوله ، وإن قلنا : هى هبة . لم يثبت الملك إلا بعد الإجازة . ذكره القاضى فى « خلافه » . ومنها ، أن ما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجزى ؛ هل يراجع بالزائد الذى لم يجاوزه ، أو لا ؟ مبنى على الخلاف . ذكره فى « المحرر » ، ومن تابعه . قال فى « القواعد » : واستشكل توجيهه على الأصحاب ، وهو واضح ، فإنه إذا كانت معنا وصيتان ؛ إحداهما ، مجاوزة للثلث ، والأخرى ، لا تجاوزه ؛ كنصف وثلث ؛ وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة ؛ فإن قلنا : الإجازة تنفيذ . زاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل ، فيقسم الثلث بينهما على خمسة ؛ لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمسه ، ثم يكمل لصاحب النصف نصفه

(١) المغنى ١٤ / ٣٩٦ .

بالإجازة . وإن قلنا : الإجازة ابتداء عطية . فإنما يُزاحم بثُلث خاص ؛ إذ الزيادة عليه عطية محضّة من الورثة ، لم تُتلقَ من الميت . فلا يُزاحم بها الوصايا ، فيقسم الثُلث بينهما نصفين ، ثم يُكمل لصاحب التّصفيّة ثُلث^(١) بالإجازة ، (أى يُعطى ثُلثًا زائدًا على السُّدس الذي أخذَه من الوصية^(٢) . وهذا مبنيٌّ على القول بأنّ الإجازة عطية أو تنفيذ . فيُفرغ ، على هذا ، القول بإبطال الوصية بالزائد على الثُلث وصحّتها ، كما سبق . انتهى . وقد تكلم القاضي مُحِبُّ الدّين ابنُ نصر الله البغداديُّ على هذه المسألة في كُراسه [٢٦٦/٢] بما لا طائل تحته . وما قاله ابن رجب صحيح واضح . وقال الزّركشي ، وقد يقال : إنّ عدم المزاخمة ، إنّما هو في الثّلاثين ؛ لأنّ الهبة تختصُّ بهما ، والمُجيز يُشركُ بينهما فيها ، أمّا الثُلث ، فيقسم بينهما على قدر أنصائبهما . انتهى . قلتُ : الذي يظهر ، أنّ هذا هو الصّواب . ومنها ، لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثة ؛ فإن قلنا : إجازته عطية . فهي مُعتبرة من ثلثه . وإن قلنا : هي تنفيذ . فلا أصحاب طريقان ؛ أحدهما ، القطع بأنّها من الثُلث أيضًا . قاله القاضي في « خلافة » ، والمجدد . والطريق الثاني ، المسألة على وجهين . وهى طريقة أئى الخطّاب في « انتصاره » ، وهما منزّلان على أصل الخلاف في حكم الإجازة . قال في « القواعد » : وقد يُنزّلان على أنّ الملك ؛ هل ينتقل إلى الورثة في الموصى به ، أم تمنع الوصية الانتقال ؟ وفيه وجهان ؛ فإن قلنا : تنتقل إليهم . فالإجازة من الثُلث ، وإلا فهي من رأس ماله . ومنها ، إجازة المُفلس . قال في « المغنى »^(٣) : هى نافذة . وهو

(١) فى الأصل : « ثلثه » .

(٢ - ٢) زيادة من : ١ .

(٣) المغنى ٤٠٧/٨ .

وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ
 وَارِثٍ ، [١٦١ ط] صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ أُوصِيَ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ
 وَارِثٍ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثًا ، بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ
 بِالْمَوْتِ .

٢٦٦٠ - مسألة : (وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَصَارَ
 عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ أُوصِيَ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ ،
 فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثًا ، بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ) لَا نَعْلَمُ
 خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ ، فَلَوْ وَصَّى لِثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ

مُنَزَّلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّفْهِيمِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَلَا
 يَبْعُدُ عَلَى قَوْلِ^(١) الْقَاضِي فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، أَنْ لَا يَنْفَذَ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي
 « الْمُعْنَى » ، فِي الشُّفْعَةِ . وَمِنْهَا ، إِجَازَةُ السَّفِيهِ نَافِذَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ ، لَا عَلَى
 الثَّانِيَةِ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُ
 مُطْلَقًا . وَكَذَا صَاحِبُ « الْفَاتِقِ » .

قوله : وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ ،
 صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَإِنْ أُوصِيَ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثًا ،
 بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ . هَذَا^(٢) الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ
 الْأَصْحَابُ ، وَأَكْثَرُهُمْ لَمْ يَخْلُ فِيهِ خِلَافًا ؛ أَنَّ الْاعْتِبَارَ فِي الْوَصِيَّةِ بِحَالِ الْمَوْتِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) زيادة من : ١ .

له مُفْتَرِقَيْنِ ، ولا وَلَدَ له ، ومات ولم يُولَدْ له ^(١) ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ لغيرِ
الأخِ مِنَ الأبِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ . وَإِنْ وُلِدَ لَهُ ابْنٌ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ
لِلْجَمِيعِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ ، إِذَا لَمْ تَتَجَاوَزِ الثُّلُثَ . وَإِنْ وُلِدَ لَهُ بِنْتُ ، جَازَتْ
الْوَصِيَّةُ لغيرِ الأخِ مِنَ الأبوينِ ، فيكونُ لهما ثُلُثا المَوْصَى بهِ بَيْنَهما ، ولا
يَجُوزُ لِلأخِ مِنَ الأبوينِ ؛ لِأَنَّهُ وَاثِرٌ . وبهذا يَقُولُ الشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ،
وابنُ الْمُنْذِرِ ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ . ولا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَ ذَلِكَ . ولو
وَصَّى لَهُمُ وَلَهُ ابْنٌ ، فَمَاتَ ابْنُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تَجْزِ الوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنَ أَبَوَيْهِ ،
ولا لِأَخِيهِ مِنْ أُمِّهِ ، وَجَازَتْ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ . وَإِنْ مَاتَ الأخُ مِنَ الأبوينِ
قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تَجْزِ الوَصِيَّةُ لِلأخِ مِنَ الأبِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ وَاثِرًا .

فصل : ولو وَصَّى لِمَرْأَةٍ أجنبيةٍ وَأَوْصَتْ لَهُ ، ثم تَزَوَّجَهَا ، لم تَجْزِ
وَصِيَّتُهَا ^(٢) إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ . وَإِنْ أَوْصَى أَحَدُهما لِلآخَرِ ثم طَلَّقَهَا ،
جَازَتْ الوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ غَيْرَ وَاثِرٍ ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ طَلَّقَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ،
فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا لَا تُعْطَى أَكْثَرَ مِنْ مِيراثِها ؛ لِأَنَّهُ يَتَّهَمُ أَنَّهُ طَلَّقَهَا لِيُوصِلَ
إِلَيْها مَالَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، فلم يُنْفَذْ لَهَا ذَلِكَ ، كَالو طَلَّقَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ وَأَوْصَى
لَهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مِيراثِها .

قال في « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَحَكَى بَعْضُهُمْ خِلَافًا ضَعِيفًا ، أَنَّ
الاعتِبَارَ بِحَالِ الوَصِيَّةِ ، كما حَكَى أَبُو بَكْرٍ ، وأبو الْخَطَّابِ رِوَايَةً ، أَنَّ الوَصِيَّةَ فِي
حَالِ الصَّحَّةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، ولا تَصِحُّ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، وَلَئِنَّمَا أَرَادَ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : وصيتها .

وَلَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ
لَا عِبْرَةٌ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٦١ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ
الْمُوصِي ، وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ لَا عِبْرَةٌ بِهِ) فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردّوا ، أو
أذنوا لموروثهم بالوصية في حياته بجميع المال ، أو بالوصية لبعض
الورثة ، ثم بدا لهم فردّوا بعد وفاته ، فلهم الردّ ، سواء كانت الإجازة في
صحّة الموصي أو مرضه . نصّ عليه أحمد في رواية أبي طالب . وروى
ذلك عن ابن مسعود . وهو قول شريح ، وطاوس ، والحكم ،
والثوري ، والحسن بن صالح ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر ،
وأبي حنيفة وأصحابه . وقال الحسن ، وعطاء ، وحماد بن أبي سليمان ،
وعبد الملك بن يعلى ، والزهرى ، وربيعة ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى :
ذلك جائز عليهم ؛ لأنّ الحقّ للورثة ، فإذا رضوا بتركه ، سقط حقهم ،

العطية المنجزة ، كذلك قال القاضي . انتهى . وقال في « الرعايتين » : وقيل :
تبطل الوصية فيهما .

قوله : وَلَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، وما قبل ذلك لا عبرة
به . هذا المذهب ، نصّ عليه ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .
وقدّمه في « الفروع » وغيره . وعنه ، تصحّ إجازتهم قبل الموت في مرضه .
خرّجها القاضي أبو حازم من إذن الشفيع في الشراء . قال في « القاعدة
الرابعة » : شبهه الإمام أحمد في موضع بالعفو عن الشفعة ، فخرّجه المجذّب في
« شرحه » ، على روايتين . واختارها صاحب « الرعاية » ، والشيخ تقي الدين ،
رحمهما الله .

المقنع وَمَنْ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُ لِأَنِّي ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلًا .
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى مَا ظَنَّهُ ، فِي أَظْهَرِ
الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ .

الشرح الكبير كما لورِضَى الْمُشْتَرَى بِالْعَيْبِ . وقال مالكٌ : إن أذنوا له في صِحَّتِهِ ، فلهُم
أَنْ يَرْجِعُوا ، وإن كان ذلك في مَرَضِهِ وَحِينَ [١٧٦/٥] يُخَجَّبُ عَنْ مَالِهِ ،
فذلك ^(١) جائِزٌ عليهم . ولنا ، أَنَّهُمْ أَسْقَطُوا حُقُوقَهُمْ فيما لم يَمْلِكُوهُ ، فلم
يَلْزَمُهُمْ ، كالمرأة إذا أَسْقَطَتْ ^(٢) صَدَاقَهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أو أَسْقَطَ الشَّفِيعُ
حَقَّهُ مِنَ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ ، ولأنَّهَا حَالَةٌ لَا يَصِحُّ فِيهَا رَدُّهُمْ لِلْوَصِيَّةِ ،
فلم تَصِحَّ فِيهَا إِجَازَتُهُمْ ، كما قَبِلَ الْوَصِيَّةَ .

٢٦٦٢ - مسألة : (وَمَنْ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُ لِأَنِّي
ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى مَا ظَنَّهُ ،
فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنْ تَقُومَ بِهِ بَيِّنَةٌ) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا وَصَّى بِزِيَادَةٍ
عَلَى الثَّلَاثِ ، فَأَجَازَ الْوَارِثُ الْوَصِيَّةَ ، ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُهَا ظَنًّا أَنَّ الْمَالَ قَلِيلٌ
فَبَانَ كَثِيرًا . فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُوصَى لَهُ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِاعْتِرَافِهِ بِقَدْرِ الْمَالِ ، أَوْ كَانَ

الإِنصَافُ قَوْلُهُ : وَمَنْ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ - يَعْنِي ، إِذَا كَانَتْ جُزْءًا مُشَاعًا - ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا
أَجَزْتُ لِأَنِّي ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى
ظَنِّهِ ، فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

(١) فِي م : « فَكَذَلِكَ » .

(٢) فِي م : « أَصْدَقَتْ » .

المال ظاهراً لا يخفى عليه ، لم يُقبل قوله إذا قلنا : الإجازة تنفيذ . فإن قلنا : هي هبة مبتدأة . فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله . وإن لم تشهد بينة باعترافه ، ولم يكن المال ظاهراً ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الإجازة تنزلت منزلة الإبراء ، فلا تصح في المجهول ، والقول قوله في الجهل به مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم العلم ، فإذا وصى بنصف ماله ، فأجازه الوارث ، وكان المال ستة آلاف ، فقال : ظننته ثلاثة آلاف . فله الرجوع بخمس مائة ؛ لأنه رضى بإجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسمائة ، فكانت ألفاً ، فیرجع بخمس مائة ، فيحصل للموصى له ألفان وخمسمائة . وفيه وجه آخر ، أنه لا يُقبل قوله ؛ لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه ، فبطل خياره ، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار ، أو أقر بدين ثم قال : غلطت .

و « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . والوجه الثاني ، ليس له الرجوع . اختاره أبو الخطاب وغيره . وهو احتمال في « الهداية » . وتقدم في الفوائد ، هل يشترط أن يكون المجاز معلوماً ؟

قنيه : قوله : إلا أن تقوم عليه بينة . يعنى ، تشهد بأنه كان عالماً بزيادته ، فلا يُقبل قوله . وكذا لو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه ، لا يُقبل قوله . وكلام المصنف وغيره ، ممن أطلق ، مقيد بذلك ، وهذا إذا قلنا : الإجازة تنفيذ . فأما إذا قلنا : هي هبة مبتدأة . فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في مثله في الهبة . وقد تقدم قريباً في الفوائد .

المقنع وَإِنْ كَانَ الْمُجَازُ عَيْنًا ، فَقَالَ : ظَنَنْتُ بَاقِيَ الْمَالِ كَثِيرًا . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، فِي أَظْهَرِ الْوُجْهِينِ .

الشرح الكبير

٢٦٦٣ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ الْمُجَازُ عَيْنًا) كَعَبْدٍ^(١) أَوْ فَرَسٍ يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ ، فَأَجَازَ الْوَصِيَّةَ بِهَا (ثُمَّ قَالَ : ظَنَنْتُ بَاقِيَ الْمَالِ كَثِيرًا) تَخْرُجُ الْوَصِيَّةُ مِنْ ثُلَاثِهِ فَإِنْ قَلِيلًا . أَوْ : ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ أَعْلَمْهُ . لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَعْلُومٌ لَا جَهَالَةَ فِيهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَمْلِكُ الْفَسْخَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَسْمَحُ بِذَلِكَ ظَنًّا مِنْهُ أَنْ يَبْقَى لَهُ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ ، فَإِذَا بَانَ خِلَافُ ذَلِكَ لِحَقِّهِ الضَّرَرُ فِي الْإِجَازَةِ ، فَمَلَكَ الرَّجُوعَ ، كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْإِجَازَةُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، وَلَا تَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَهَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَبْرُعُ بِالْمَالِ ، فَلَمْ تَصِحَّ مِنْهُمْ ، كَالْهَبَةِ . فَأَمَّا الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِفَلْسٍ ، فَتَصِحُّ مِنْهُ إِنْ قُلْنَا : هِيَ تَنْفِذٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ هِبَةٌ . لَمْ تَصِحَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ هِبَةٌ مَالِهِ .

الإصناف

قوله : وَإِنْ كَانَ الْمُجَازُ عَيْنًا - وكذا لو كان مَبْلَغًا مُقَدَّرًا - فقال : ظَنَنْتُ بَاقِيَ الْمَالِ كَثِيرًا . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، فِي أَظْهَرِ الْوُجْهِينِ . وهو المذهبُ ، جَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَوْ قَالَ : ظَنَنْتُ قِيمَتَهُ أَلْفًا . فَإِنْ أَكْثَرَ ، قَبِلَ قَوْلُهُ ، وَلَيْسَ نَقْضًا لِلْحُكْمِ بِصَحَّةٍ

(١) سقط من : م .

وَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا قَبُولُهُ الْمَنْعَ
وَرَدُّهُ قَبْلَ الْمَوْتِ فَلَا عِبْرَةَ بِهِ .

٢٦٦٤ - مسألة : (وَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا رَدُّهُ وَقَبُولُهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَلَا عِبْرَةَ بِهِ) يُشْتَرَطُ لثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْمُوصَى لَهُ شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَبُولُ إِذَا كَانَتْ لِمُعَيَّنٍ يُمَكِّنُ الْقَبُولُ مِنْهُ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَالٍ لِمَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْمِلْكِ ، مُتَعَيَّنٌ ، فَاعْتَبِرَ قَبُولُهُ ، كَالْهَبَةِ وَالْبَيْعِ . قَالَ أَحْمَدُ : الْهَبَةُ وَالْوَصِيَّةُ وَاحِدٌ . فَإِنْ كَانَتْ لغير مُعَيَّنٍ ؛ كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ لِمَنْ لَا يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ ؛ كَبْنَى تَمِيمٍ ، أَوْ عَلَى مَصْلَحَةٍ ؛ كَمَسْجِدٍ أَوْ حَجٍّ ، لَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، وَلَزِمَتْ بِمَجَرَّدِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْقَبُولِ مِنْ جَمِيعِهِمْ مُتَعَذِّرٌ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، كَالْوَقْفِ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَتَعَيَّنُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَيُكْتَفَى

الإِجَازَةُ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ . قَالَ : وَإِنْ أَجَازَ ، وَقَالَ : أَرَدْتُ أَصْلَ الْوَصِيَّةِ . قَبِلَ . الْإِنْصَافُ .
انتهى .

قوله : وَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا قَبُولُهُ وَرَدُّهُ قَبْلَ الْمَوْتِ فَلَا عِبْرَةَ بِهِ . اعْلَمْ أَنَّ حُكْمَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ كَقَبُولِ الْهَبَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِهِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : الْهَبَةُ وَالْوَصِيَّةُ وَاحِدٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرَكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : نَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَوَاضِعَ عَلَى أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ لِلْوَصِيَّةِ قَبُولٌ ، فَيَمْلِكُهُ قَهْرًا ، كَالْمِيرَاثِ . وَهُوَ وَجْهٌ لِلْأَصْحَابِ . حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ . انْتَهَى . وَذَكَرَ الْحُلَوَانِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِلَا قَبُولِهِ ، كَالْمِيرَاثِ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَمَنْ

بَقُولِهِ^(١) ، ولذلك لو كان منهم ذو رَحِمٍ مِنَ الْمُوصَى بِهِ ، مثل أن يُوصَى
بَعْدَ لِلْفُقَرَاءِ ، وأبوه فَقِيرٌ ، لم يَعْتَقُ عليه . ولأنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِلْمُوصَى
لَهُمْ ، بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْقَبْضِ ،
فَيَقُومُ قَبْضُهُ مَقَامَ قَبُولِهِ . أمَّا الْآدَمِيُّ الْمُعَيَّنُ ، فَيَثْبُتُ لَهُ الْمَلِكُ ، فَيُعْتَبَرُ
قَبُولُهُ ، لَكِنْ لَا يَتَعَيَّنُ الْقَبُولُ بِاللَّفْظِ ، بَلْ يَحْصُلُ بِمَا قَامَ مَقَامَهُ مِنَ الْأَخْذِ
وَالْفِعْلِ الدَّالِّ عَلَى الرِّضَا ، كَقَوْلِنَا فِي الْهَبَةِ وَالْبَيْعِ . وَيَجُوزُ الْقَبُولُ عَلَى
الْفَوْرِ وَالتَّرَاخِي : الثَّانِي ، أَنْ يَقْبَلَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ
يَثْبُتْ لَهُ حَقٌّ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ رَدُّهُ .

تَابَعَهُ : وَطَوَّاهُ [٢٦٦/٢] الْأَمَةُ الْمُوصَى بِهَا ، قَبُولٌ ؛ كَرَجَعَةٍ ، وَبَيْعٌ خِيَارٌ .
وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : وَقِيلَ : يَكْفِي الْفِعْلُ قَبُولًا . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ
وَالْأَرْبَعِينَ » : وَاخْتَارَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهَا لَا تَلْزَمُ فِي الْمُبْهَمِ بِدُونِ
قَبْضٍ . وَخَرَجَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » وَجْهًا ثَالِثًا ، أَنَّهَا لَا تَلْزَمُ بِدُونِ الْقَبْضِ ؛
سَوَاءً كَانَ مُبْهَمًا ، أَوْ لَا ، كَالْهَبَةِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْخَمْسِينَ » :
الْأَظْهَرُ أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُوصَى لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ
سَبَبَ الْمَلِكِ قَدْ اسْتَقَرَّ لَهُ اسْتِقْرَارًا لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَهُ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ .

فَائِدَةٌ : لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُوصَى بِهِ قَبْلَ قَبُولِهِ مِنْ وَارِثِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ،
فِي بَابِ التَّذْيِيرِ . وَيجوزُ التَّصَرُّفُ فِي الْمُوصَى بِهِ بَعْدَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ ، وَقَبْلَ الْقَبْضِ ،
بِاتِّفَاقٍ مِنَ الْأَصْحَابِ فِيمَا نَعْلَمُهُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْخَمْسِينَ » وَاقْتَصَرَ
عَلَيْهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَقُولُهُ » .

فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .
المقنع

٢٦٦٥ - مسألة : (وإن مات المُوصى له قبل موت المُوصي ،
بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن علي ، رضي
الله عنه . وبه قال الزهري ، وحماد بن أبي سليمان ، وربيعة ، ومالك ،

الإنصاف تنبيه : مراده ، إذا كان المُوصى له واحداً أو جمعاً محصوراً . فأما إذا كانوا غير
مَحْصُورِينَ ؛ كالفُقَرَاءِ ، أو المَسَاكِينِ مَثَلًا ، أو لغير آدمي ؛ كالمساجدِ ،
والقناطرِ ، ونحوهما ، فلا يُشترطُ القَبُولُ ، قولاً واحداً . وسيأتي قريباً ، متى يثبت
المِلْكُ له إذا قَبِلَ ؟ .

فوائد ؛ إحداهما ، يستقرُّ الضمانُ على الورثةِ بمجرد موت موروثهم ، إذا كان
المالُ عَيْنًا حاضرةً يَتِمَكَّنُ مِنْ قَبْضِهَا . على الصحيح من المذهب . قال الإمام
أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، في رواية ابن منصور ، في رجل ترك مائتي دينارٍ وعبدًا قيمته
مائة ، وأوصى لرجلٍ بالعبدِ ، فسُرِقَتِ الدنانيرُ بعد موت الرجلِ : وجب العبدُ
للموصى له ، وذهبت دنانيرُ الورثةِ . وهكذا ذكره الخرقي ، وأكثر الأصحاب .
وقال القاضي ، وابن عَقِيلٍ ، في كتاب العتق : لا يدخلُ في ضمانهم بدُونِ
القَبْضِ ؛ لأنه لم يحصل في أيديهم ، ولم ينتفعوا به ، أشبه الدين والغائب ونحوهما ،
مما لم يَتِمَكَّنُوا مِنْ قَبْضِهِ . فعلى هذا ؛ إن زادت التركة قبل القَبْضِ ، فالزيادة
لِلوَرثةِ ، وإن نقصت ، لم يُحسبِ النقصُ عليهم ، وكانت التركة ما بقي . ذكره
في « القاعدة الحادية والخمسين » ، وعَلَّله .

الثانية ، قوله : فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ . بلا
نزاع . لكن لو مات المُوصى له بقضاء دينه قبل موت^(١) المُوصي ، لم تبطل

(١) سقط من : ط .

المقنع وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَطَلَتْ أَيْضًا .

الشرح الكبير والشافعي ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن : تكون لَوْلَدِ الْمُوصَى له . وقال عطاء : إِذَا عَلِمَ الْمَرِيضُ بِمَوْتِ الْمُوصَى له ، ولم يُحْدِثْ فيما أَوْصَى به شيئاً فهو لوارِثِ الْمُوصَى له ؛ لَأَنَّهُ مات بَعْدَ عَقْدِ الْوَصِيَّةِ ، فَيَقُومُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ ، كما لو مات بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى وقَبْلَ الْقَبُولِ . ولنا ، أَنَّهُا عَطِيَّةٌ صَادَقَتْ الْمُعْطَى مَيِّتًا ، فلم تَصِحَّ ، كما لو وَهَبَ مَيِّتًا ؛ وذلك لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَطِيَّةً بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِذَا مات قَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا . وَإِنْ سَلَّمْنَا صِحَّتْهَا ، فَإِنَّ الْعَطِيَّةَ صَادَقَتْ حَيًّا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

٢٦٦٦ - مسألة : (وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَطَلَتْ أَيْضًا) لا يَخْلُو رَدُّ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَرُدَّهَا قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لم تَقْعُ بَعْدُ ، أَشْبَهَ رَدَّ الْمَبِيعِ قَبْلَ إِجْبَابِ الْبَيْعِ ،

الإنصاف الْوَصِيَّةُ ، بلا نزاعٍ ؛ لِأَنَّ تَفْرِيعَ ذِمَّةِ الْمَدِينِ بَعْدَ مَوْتِهِ كَتَفْرِيعِهَا قَبْلَهُ ؛ لَوْجُودِ الشُّغْلِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، كما لو كان حَيًّا . ذَكَرَهُ الْحَارِثِيُّ . الثَّالِثَةُ ، لا تَنْعَقِدُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : فَوُضِّتْ . أو وَصَّيْتُ إِلَيْكَ . أو إِلَى زَيْدٍ بِكَذَا . أو أَنْتَ . أو هُوَ . أو جَعَلْتُهُ . أو جَعَلْتُكَ وَصِيًّا . أو أَعْطَوهُ مِنْ مَالِي بَعْدَ مَوْتِي كَذَا . أو اذْفَعُوهُ إِلَيْهِ . أو جَعَلْتُهُ له . أو هُوَ له بَعْدَ مَوْتِي . أو هُوَ له مِنْ مَالِي بَعْدَ مَوْتِي . ونحو ذلك .

تنبيه : وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَطَلَتْ أَيْضًا . بلا نزاعٍ . لَكِنْ لَوْ رَدَّهَا بَعْدَ قَبُولِهِ ، وقَبْلَ الْقَبْضِ ، لم يَصِحَّ الرَّدُّ مُطْلَقًا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ . قال الْمَجْدُ : هذا الْمَذْهَبُ . وقيل : يَصِحُّ رَدُّهُ مُطْلَقًا . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ .

ولأنه ليس بمحل للقبول ، فلا يكون محلاً للرّد ، كما قبل الوصية . الثاني ، أن يردها بعد الموت وقبل القبول ، فيصحّ الرّد وتبطل الوصية . لا نعلم فيه [١٧٧/٥] خلافاً ؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، فأشبهه عفو الشفع عن الشفعة بعد البيع . الثالث ، أن يرّد بعد القبول والقبض ، فلا يصحّ الرّد ؛ لأن ملكه قد استقرّ عليه ، فأشبهه رده لسائر ملكه ، إلا أن يرّضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفقّر إلى شروط الهبة . الرابع ، أن يرّد بعد القبول وقبل القبض ، فينظر ؛ فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً ، صحّ الرّد ؛ لأنه لا يستقرّ ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبهه رده قبل القبول ، وإن كان غير ذلك ، لم يصحّ الرّد^(١) ؛ لأن ملكه قد استقرّ عليه ، فهو كالمقبوض . ويحتمل أن يصحّ الرّد ، بناءً على أن القبض معتبر فيه . ولأصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان ؛ أحدهما ، يصحّ الرّد في الجميع ، فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما . وهو المنصوص عن الشافعي ؛ لأنهم لما ملكوا الرّد من غير قبول ، ملكوا الرّد من غير قبض ، ولأن ملك الوصي لم يستقرّ عليه قبل القبض ، فصحّ رده كما قبل القبول . والثاني ، لا يصحّ الرّد ؛ لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

وقيل : يصحّ رده في المكيل والموزون بعد قبوله وقبل قبضه . جزم به المصنف ، والشارح . قال الزركشي : إن كان الرّد بعد القبول والقبض ، لم يصحّ الرّد ،

(١) سقط من : م .

فصل : وكل موضع صحَّ الرُّدُّ فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالرُّدِّ ، وَيَرْجِعُ الْمُوصَى بِهِ إِلَى التَّرِكَةِ ، فَيَكُونُ الْجَمِيعُ لِلوَارِثِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ثُبُوتُ الْحَقِّ لَهُمْ ، وَإِنَّمَا خَرَجَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا بَطَلَتْ رَجَعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تُوجَدْ . وَلَوْ عَيَّنَ بِالرُّدِّ وَاحِدًا فَقَصَدَ تَخْصِيصَهُ بِالْمَرْدُودِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَكَانَ لَجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ رَدَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَمَلُّكِهِ ، فَبَقِيَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ دَفْعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَلَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ يَخُصُّهُ بِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الرُّدُّ لاسْتِقْرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يَخُصَّ بِهِ بَعْضَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ هَبَةٍ ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ دَفْعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَمَلَكَ دَفْعَهُ إِلَى الْوَارِثِ . فَلَوْ قَالَ : رَدَدْتُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِفُلَانٍ . قِيلَ لَهُ : مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ لِفُلَانٍ ؟ فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ تَمْلِيكَهَ لِيَاهَا وَتَخْصِيصَهُ بِهَا . فَقِيلَ لَهَا ، اخْتَصَّ بِهَا . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ رَدَّهَا إِلَى جَمِيعِهِمْ لِيَرْضَى فُلَانٌ . عَادَتْ إِلَى الْجَمِيعِ . إِذَا قَبِلُوهَا ، فَإِنْ قَبِلَهَا بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ فَلَمَنْ قَبِلَ حِصَّتَهُ مِنْهَا .

فصل : وَيَحْصُلُ الرُّدُّ بِقَوْلِهِ : رَدَدْتُ الْوَصِيَّةَ . وَقَوْلُهُ : مَا أَقْبَلُهَا . وَمَا أَدَّى هَذَا الْمَعْنَى . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ ، فَقَالَ : لَا أَقْبَلُهَا . فَهِيَ لَوَرَثَتِهِ^(١) .

وكذلك لو كان بعدَ القَبُولِ ، وَقَبْلَ الْقَبْضِ ، عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ جَمَاعَةٍ . وَأُورِدَهُ الْمَجْدُ مَذْهَبًا .

فائدة : إِذَا لَمْ يَقْبَلْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَلَا رَدَّ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مُتَحَجِّرِ الْمَوَاتِ ، عَلَى

(١) ق م : « لورثة الموصى له » وعلى حاشية الأصل : « يعنى لورثة الموصى له » . وفى المغنى ٤١٦/٨ : « يعنى لورثة الموصى » .

وإن مات بعده وقبل الرد والقَبُول ، قام وارثه مقامه . ذكره
الخِرَقِيُّ . وقال القاضي : تبطل الوصية على قياس قوله .

الشرح الكبير

٢٦٦٧ - مسألة : (وإن مات بعده وقبل الرد والقَبُول ، قام
[١٧٧/٥ ط] وارثه مقامه . ذكره الخِرَقِيُّ . وقال القاضي : تبطل على
قياس قوله) إذا مات الموصي له بعد موت الموصي وقبل الرد والقَبُول ،
قام وارثه مقامه في القَبُول والرد . كذلك ذكره الخِرَقِيُّ ؛ لأنه حق يثبت
للموروث ، فثبت للوارث بعد موته ؛ لقوله ، عليه الصلاة والسلام :
« مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرِثَتِهِ » ^(١) . وكخيار الرد بالعيب . وقال أبو عبد الله
ابن حامد : تبطل الوصية ؛ لأنه عقد يفتقر إلى القَبُول ، فإذا مات من له
القَبُول قبل القَبُول ، بطل العقد ، كالهبة . قال القاضي : هو قياس
المذهب ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه ، فبطل ، كخيار المجلس والشرط
وخيار الأخذ بالشفعة . وقال أصحاب الرأي : تلزم الوصية في حق
الوارث ، وتدخل في ملكه حكمًا بغير قبول ؛ لأن الوصية قد لزمت من
جهة الموصي ، وإنما الخيار للموصي له ، فإذا مات بطل خياره ودخل

الإنصاف ما مر في بابهِ . قاله في « الفروع » . وقال في « القاعدة العاشرة بعد المائة » : لو
امتنع من القَبُول والرد ، حكم عليه بالرد ، وسقط حقه من الوصية . قاله في
« الكافي » . وجزم به الحارثي .

قوله : وإن مات بعده وقبل الرد والقَبُول ، قام وارثه مقامه . ذكره الخِرَقِيُّ .
هذا المذهب ، نص عليه في رواية صالح . قاله المجدد . واختاره المصنف ،

(١) تقدم تخريجه في ١٨٨/٦ .

في ملكه ، كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات قبل^(١) انقضائه . ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الوصي ، أنها عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم يبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له ، فلا يبطل بموت الآخر ، كالذي ذكرنا . ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين اللذين ذكرناهما ، وهو أنه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجب له ، ولا يصح قياسه على الخيارات ؛ لأن ثم يبطل الخيار ، ويلزم العقد ، فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي . ولنا على إبطال قولهم ، أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك ، فلم يلزم قبل القبول ، كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا ، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في الرد والقبول ؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت ، قام الوارث فيه مقامه ، فإن رد الوارث الوصية بطلت ، وإن قبلها صححت . وإن كان الوارث جماعة ، اعتبر القبول والرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ، ثبت الملك لمن قبل في حصته ، وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان منهم من ليس له التصرف ، قام وليه مقامه في ذلك ، وليس له أن يفعل إلا ما للموكل عليه فيه الحظ ، فإن فعل غيره لم يصح ، فإذا كان الحظ في قبولها ، لم يصح

والشأرخ ، وغيرهما . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، والإنصاف و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ،

(١) في م : بعد .

وَأِنْ قَبْلَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، ثَبَتَ الْمِلْكُ حِينَ الْقَبُولِ ، فِي الصَّحِيحِ . المقنع

الشرح الكبير

الرَّدُّ وَكَانَ لَهُ قَبُولُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي رَدِّهَا ، لَمْ يَصِحَّ قَبُولُهُ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي حَقِّ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ بِغَيْرِ مَا لَهُ الْحَظُّ فِيهِ . فَلَوْ وَصَّى لَصَبِيٍّ بِذِي رَحِمٍ [١٧٨/٥] يَعْتَقُ بِمِلْكِهِ لَهُ ، وَكَانَ عَلَى الصَّبِيِّ ضَرَرٌّ فِي ذَلِكَ ، بَأَن تَلَزَمَ نَفَقَةُ الْمُوصَى بِهِ ؛ لَكُونِهِ فَقِيرًا لَا كَسْبَ لَهُ ، وَالْمُؤَلَّى عَلَيْهِ مُوسِرٌ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌّ ، لَكُونِ الْمُوصَى بِهِ ذَا كَسْبٍ ، أَوْ لَكُونِ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ فَقِيرًا لَا تَلَزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، تَعَيَّنَ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ نَفْعًا لِلْمُؤَلَّى عَلَيْهِ ، لِعَتَقِ قَرَابَتِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَعُودُ عَلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ ذَلِكَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٦٦٨ - مسألة : (وَإِنْ قَبْلَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، ثَبَتَ الْمِلْكُ حِينَ الْقَبُولِ ، فِي الصَّحِيحِ) مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَهْلِ الْعِرَاقِ ،

و « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . الإنصاف
وَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ . يَعْنِي ، فِي خِيَارِ الشُّفْعَةِ ، وَخِيَارِ الشَّرْطِ . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَقَلَهَا عَبْدُ اللَّهِ ، وَابْنُ مَنْصُورٍ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » ، وَقَالَ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ . وَحَكَى الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا ، أَنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ بِلَا قَبُولٍ ، كَالْخِيَارِ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ قَبْلَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، ثَبَتَ الْمِلْكُ حِينَ الْقَبُولِ ، فِي الصَّحِيحِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى . وَنَصَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الشَّارِحُ ، وَابْنُ مُنَجِّى : هَذَا

وروى عن الشافعي . وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب ، أنه إذا قبل تبيناً أن الملك ثبت حين موت الموصي . وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهبة والبيع ، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(١) . والإرث بعد الوصية ، ولا ينقي للميت ؛ لأنه صار جماً لا يملك شيئاً . وللشافعي قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا . ولنا ، أنه تملك عين لمعين يقتصر إلى القبول ،

الشرح الكبير

الصحيح من المذهب . ونصره الشارح . ويحتمل أن يثبت الملك حين الموت . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « الفائق » . قال في « العمدة » : ولو وصى بشيء ، فلم يأخذه الموصي له زماناً ، [٢٦٧/٢] قُومَ وقت الموت ، لا وقت الأخذ . انتهى . وقال في « الوجيز » : ويثبت الملك بالقبول عقب الموت . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » . وقيل : الخلاف روايتان . واختار أبو بكر في « الشافعي » ، أن الملك مراعى ؛ فإذا قبل ، تبين أن الملك ثبت له من حين الموت . وهو رواية عن الإمام أحمد ، رحمه الله تعالى . وحكى الشريف عن شيخه^(٢) ، أنه قال : هذا ظاهر كلام الخرقى . قلت : ويحتمله كلام « الوجيز » المتقدم ، بل هو ظاهر في ذلك . قال في « المستوعب » : وهذا

الإنصاف

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) هو القاضي أبي يعلى .

فلم يسبق الملك القبول ، كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل . فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موئى بشهر . ثم مات ، تبين وقوع الطلاق قبل موئى بشهر . قلنا : ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وإنما تبين الوقت الذي يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذا مت فانت طالق قبله بشهر . لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ، فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر ، بخلاف مسألتنا . قولهم : إن الملك لا يثبت للوارث . ممنوع ؛ فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل ، إلا أن يمنع منه مانع ، فأما قول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ . قلنا : المراد به وصية مقبولة ، بدليل أنه لو لم يقبل ، لكان ملكاً للوارث ، وقبل قبولها فليست مقبولة . ويحتمل أن يكون المراد بقوله : ﴿ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا ﴾ (١) . أى لكم ذلك مستقر . ولا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر . ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة ، وهو أكد من

هو الوجه الذى قبله بعينه . وهو كما قال . وحكى وجه بأنه من حين الموت بمجرد . نقله الحارثي . فعلى الأول ، يكون قبل القبول للورثة . على الصحيح من المذهب ، كما صرح به المصنف هنا . واختاره هو ، وابن البناء ، والشيرازي ،

الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَبْقَى لِلْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكًا لِلْمَيِّتِ ، كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . [١٧٨/٥ ظ] وَقَوْلُهُمْ : لَا يَبْقَى لَهُ مِلْكٌ . مَمْنُوعٌ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكُهُ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤْنَةٍ تَجْهِيْزِهِ وَدَفْنِهِ ، وَقَضَاءِ دُيُونِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ مِلْكٌ فِي دَيْتِهِ إِذَا قُتِلَ ، وَفِيمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَوْقَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بِحَيْثُ تُقْضَى دُيُونُهُ ، وَتَنْفَذُ وَصَايَاهُ ، وَيُجَهَّزُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَجْهِيْزِهِ ، فَهَذَا يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ ، لَتَعَذُّرِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَارِثِ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ ، وَامْتِنَاعِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَصِيِّ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ ، فَإِنْ رَدَّ الْمُوصَى لَهُ ، أَوْ قَبْلَ ، انْتَقَلَ حَيْثُ نَزَلَ . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، وَأَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ عَلَى وَجْهِ لَا يُفِيدُ إِبَاحَةَ التَّصَرُّفِ ، كَثْبُوتِهِ فِي الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ ، فَلَوْ بَاعَ الْمُوصَى بِهِ ، أَوْ رَهَنَهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، أَوْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَنْفَذْ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ ابْنًا لِلْمُوصَى بِهِ ، مِثْلَ أَنْ تَمْلِكَ امْرَأَةً زَوْجَهَا الَّذِي لَهَا مِنْهُ ابْنٌ ، فَتُوصَى بِهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِذَا مَاتَ ،

وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : يَكُونُ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ . وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِ الشَّرِيفِ ، وَأَبَى الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْقَوْلُ بِالْبَقَاءِ لِلْمَيِّتِ ، قَالَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَغَيْرُهُمْ . انْتَهَى . وَأَطْلَقَهُمَا الزُّرْكَاشِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْقَوَاعِدِ » فِيهَا ، وَقَالَ : وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ قَالُوا : يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْخِرَقِيُّ ، وَمَنْصُوصُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى . انْتَهَى .

فَمَا حَدَّثَ قَبْلَهُ مِنْ نَمَاءٍ مُتَفَصِّلٍ فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنْ كَانَ مُتَصِلًا الْمَقْنَعِ تَبِعَهَا .

الشرح الكبير انتقلَ الْمَلِكُ فِيهِ إِلَى ابْنِهِ إِلَى (١) حِينَ الْقَبُولِ ، وَلَا يَغْتَقُ عَلَيْهِ .

٢٦٦٩ - مسألة : فَمَا حَصَلَ مِنْ كَسْبٍ أَوْ (نَمَاءٍ مُتَفَصِّلٍ) فِي الْمَوْصِي بِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، كَالْوَلَدِ وَالشَّوْمَةِ وَالْكَسْبِ (فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ) عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُمْ (فَإِنْ كَانَ مُتَصِلًا تَبِعَهَا) لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ .

الإنصاف تنبيه : لِهَذَا الْخِلَافِ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ ، ذَكَرَهَا الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا بَعْضَهَا ؛ مِنْهَا ، حُكْمُ نَمَائِهِ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ . فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمَوْصِي لَهُ . فَهُوَ لَهُ ، يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ . فَتَوَفَّرَ بِهِ التَّرَكَّةُ ، فَيَزْدَادُ بِهِ الثُّلُثُ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ وَصَّى بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَتَمَنَّهُ عَشْرَةً ، فَلَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ ، فَكَسَبَ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ خَمْسَةً ، دَخَلَهُ الدَّوْرُ ، فَتُجْعَلُ الْوَصِيَّةُ شَيْئًا ، فَتَصِيرُ التَّرَكَّةُ عَشْرَةً وَنِصْفَ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ الْوَصِيَّةُ وَالْمِيرَاثَ ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، فَيَخْرُجُ الشَّيْءُ أَرْبَعَةً بِقَدْرِ خُمُسِ الْعَبْدِ ؛ وَهُوَ الْوَصِيَّةُ ، وَتَزْدَادُ التَّرَكَّةُ مِنَ الْعَبْدِ دَرَاهِمِينَ ، فَأَمَّا بَقِيَّتُهُ ، فَزَادَتْ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ . فَهُوَ لَهُمْ خَاصَّةً . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « جِلَالِهِ » ، أَنَّ مِلْكَ الْمَوْصِي لَهُ لَا يَتَقَدَّمُ الْقَبُولُ ، وَأَنَّ النَّمَاءَ قَبْلَهُ لِلْوَرَثَةِ ، مَعَ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ ، فَلَا يَتَوَفَّرُ

(١) سقط من : م .

الثُّلُثُ . وذكر أيضًا إذا قلنا : إنه مُراعَى ، وأنا نَتَّبِعُ بِقَبُولِ^(١) الموصى له مِلْكَهُ^(٢) له من حين الموت . فإن الثَّمَاءَ يكون للموصى له مُعْتَبَرًا مِنَ الثُّلُثِ ؛ فإن خرج من الثُّلُثِ مع الأصل ، فهم له ، ولألا كان له بقدر الثُّلُثِ ، فإن فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثِ ، كان له من الثَّمَاءِ . وقال في « القاعدة الثانية والثمانين » : إذا نما الموصى بوقفه بعد الموت ، وقبل إيقافه ، فأفتى الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، أنه يُصَرَّفُ مَصْرُفَ الوَقْفِ ؛ لأنَّ نَماءَهُ قَبْلَ الوَقْفِ كَنَماءِهِ بَعْدَهُ . وأفتى به الشيخ عماد الدين السُّكْرِيُّ الشَّافِعِيُّ^(٣) . قال الدِّمِيرِيُّ : وهو الظَّاهِرُ . وأجاب بعضهم بأنه للورثة . قلت : قد تقدَّم في كتاب الرِّقَاةِ ، عند السَّائِمَةِ المَوْقُوفَةِ ، ما يُشَابِهُ ذلك ؛ وهو إذا أوصى بدراهم في وجوه البرِّ ، أو لِيُشْتَرَى بها ما يُوقَفُ ، فاتَّجَرَ بها الوَصِيُّ ، فقالوا : رَبُّهُ مع أَصْلِ المَالِ فيما وَصَّى به ، وإن خَسِرَ ضَمِنَ النِّقْصَ . نقله الجماعة . وقيل : رَبُّهُ إِرْثٌ . ومنها ، لو نَقَصَ الموصى به في سِغَرٍ أو صِفَةٍ . فقال في « المُحَرَّرِ » : إن قلنا : يَمْلِكُهُ بالموتِ . اعتُبرتَ قِيَمَتُهُ مِنَ التَّرَكَّةِ بِسِغَرِهِ يومَ الموتِ على أَذْنَى صِفَاتِهِ مِنْ يومِ الموتِ إِلَى القَبُولِ ، وإن قلنا : يَمْلِكُهُ مِنْ حينِ القَبُولِ . اعتُبرتَ قِيَمَتُهُ يومَ القَبُولِ سِغَرًا وَصِفَةً . انتهى . قال في « القواعد » : والمنصوصُ عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية ابن منصور ، وذكر الخِرَقِيُّ ، أنه تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يومَ الوَصِيَّةِ . ولم يخلُ في « المُعْنَى » فيه خِلَافًا . فظاهِرُهُ ، أنه تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يومَ الموتِ ، على الوجوه كلها . قال الشيخ تقي الدين ،

(١) في ط : « بملك » .

(٢) سقط من : ط .

(٣) عبد الرحمن بن عبد العلي ابن السكري المصري ، الشافعي ، عماد الدين ، قاضي القضاة بمصر . كان من البارعين في الفقه ، له حواش على كتاب « الوسيط » في الفقه . توفي سنة أربع وعشرين وستائة . طبقات الشافعية الكبرى ١٧٠/٨ - ١٧٢ .

وَأِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِأَمَةٍ فَوَطَّطَهَا الْوَارِثُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَأَوْلَدَهَا ،
صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ لَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ، وَعَلَيْهِ
قِيمَتُهَا لِلْوَصِيِّ لَهُ .

الشرح الكبير

٢٦٧٠ - مسألة : (وإن كانت الوصية بأمة فوططها الوارث قبل
القبول فأولدها ، صارت أم ولد له ، وولدها حر) لأنه وططها في ملكه
(وعليه قيمتها للوصي) إذا قبلها ؛ لأنه فوططها عليه (ولا مهر عليه ، ولا
تلزمه قيمة الولد) لذلك . فإن قيل : فكيف قضيتم بعقبتها ههنا ، وهي
لا تعتق بإعتاقها ؟ قلنا : الاستيلاء أقوى ، ولذلك يصح من المجنون ،
والراهن ، والأب ، والشريك المغسير ، وإن لم ينفذ إعتاقهم . وعلى

الإنصاف

رَحِمَهُ اللَّهُ : هذا قول الخرقى ، وقدماء الأصحاب . قال : وهو أوجه من كلام
المجد . انتهى . قلت : وهو الصحيح من المذهب . جزم به في « الوجيز »
وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . قال في « الفروع » : ويقوم بسعره يوم
الموت ، ذكره جماعة ، ثم ذكر ما في « المجرد »^(١) . وقال في « الترغيب »
وغيره : وقت الموت خاصة . انتهى . ويأتي ذلك في كلام المصنف ، في باب
الموصى به ، في قوله : وإن لم يأخذه زماناً ، قوم وقت الموت ، لا وقت الأخذ .
ومنها ، لو كانت الوصية بأمة ، فوططها الوارث قبل القبول ، وأولدها ، صارت أم
ولد له ، ولا مهر عليه ، وولده حر ، لا تلزمه قيمته ، وعليه قيمتها للموصى له .
هذا إن قلنا : إن المالك لا يثبت إلا من حين القبول . ويمليها الورثة . وإن قلنا :
لا يملكها الوارث . لم تصر أم ولد . ومنها ، لو وططها الموصى له قبل القبول وبعد

(١) كذا بالفروع ، وبهامش الصفحة : في مخطوطة الدار : « المهر » . الفروع ٦٨٤/٤ .

المقتع وإن وصى له بزوجه فأولدها قبل القبول لم تصير أم ولد له ، وولده رقيق . ومن أوصى له بأبيه فمات قبل القبول ، فقبل ابنه ، عتق الموصى به حينئذ ، ولم يرث شيئاً .

الشرح الكبير الوجه الآخر ، يكون ولده رقيقاً والأمة باقية على الرق . فإن وطئها الموصى له « قبل قبولها ، كان ذلك قبولاً لها » ، ويثبت الملك له به ؛ لأنه لا يجوز إلا في الملك ، فأقدمه عليه دليل على اختياره الملك ، فأشبه ما لو وطئ من له الرجعة زوجته الرجعية ، أو وطئ من له الخيار في البيع الأمة المبيعة ، أو وطئ من له خيار فسخ النكاح امرأته .

٢٦٧١ - مسألة : (وإن وصى له بزوجه فأولدها) بعد موت الموصى و (قبل القبول ، فولده رقيق) للوارث . وعلى الوجه الآخر ، يكون^(١) حر الأصل ، ولا ولاء عليه ، وأمه أم ولد ؛ لأنها علققت منه بحر في ملكه .

٢٦٧٢ - مسألة : (وإن وصى له بأبيه فمات قبل القبول ، فقبل

الإنصاف الموت ؛ فإن قلنا : الملك له . فهي أم [٢٦٧/٢] ولده ، وإلا فلا . ومنها ، لو وصى له بزوجه ، فأولدها قبل القبول ، لم تصير أم ولده ، وولده رقيق للوارث ، ونكاحه باقر ، إن قلنا : لا يملكها . وإن قلنا : يملكها بالموت . فولده حر ، وتصير أم ولده ، ويطلق نكاحه بالموت . ومنها ، لو وصى له بأبيه ، فمات قبل

(١ - ١) في م : « قبل ذلك كان قبولاً » .

(٢) بعده في الأصل : « الموصى له » .

الشرح الكبير

ابنه ، عَتَقَ الْمُوصَى بِهِ ، وَلَمْ يَرِثْ شَيْئًا (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا وَصَّى لَهُ بِأَبِيهِ ، فَمَاتَ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَبْلَ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ ، فَلَوَارِثِهِ قَبُولُهَا ، [١٧٩/٥] عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنْ قَبِلَهَا ابْنُهُ ، صَحَّ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْجَدُّ ، وَلَمْ يَرِثْ مِنْ ابْنِهِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهُ إِنَّمَا حَدَثَتْ حِينَ الْقَبُولِ بَعْدَ أَنْ صَارَ الْمِيرَاثُ لغيرِهِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، تَبَيَّنَتْ حُرِّيَّتُهُ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصِي ، وَيَرِثُ مِنْ ابْنِهِ السُّدَسَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَرِثُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لاعتُبرَ قَبُولُهُ ، وَلَا يَجُوزُ اعْتِبَارُ قَبُولِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَإِذَا لَمْ يَجْزِ اعْتِبَارُهُ لَمْ يَعْتَقْ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ بِمُشَارِكِهِ لَمْ يَكُنْ فِي الْمِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَوَرِثَ ، مَعَ أَنَّهُ يَخْرُجُ الْمُقْرُونَ

الإنصاف

الْقَبُولِ ، فَقَبِلَ ابْنُهُ ، وَقُلْنَا : يَقُومُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ فِي الْقَبُولِ . عَتَقَ الْمُوصَى بِهِ حَيْثُ دُخِلَ ، وَلَمْ يَرِثْ شَيْئًا . إِذَا قُلْنَا : إِنَّمَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْقَبُولِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ بِالْمَوْتِ . فَقَدْ عَتَقَ بِهِ ، فَيَكُونُ حُرًّا عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، فَيَرِثُ مِنْهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْمَوْتِ . فَهُوَ مِلْكٌ لِلْمَيِّتِ ، فَتَوَفَّى مِنْهُ ذُبُونُهُ وَوَصَايَاهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ؛ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَارِثِ الَّذِي قَبِلَ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَيَخْرُجُ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَكُونُ مِلْكًا لِلْمُوصَى لَهُ عَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ لَهُ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ الْمِلْكُ ابْتِدَاءً لغيرِهِ ؟ وَمِنْهَا ، لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَرْضٍ ، فَبَنَى الْوَارِثُ فِيهَا وَغَرَسَ قَبْلَ الْقَبُولِ ، ثُمَّ قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ ، فَفِي « الْإِزْشَادِ » ، إِنْ كَانَ الْوَارِثُ عَالِمًا بِالْوَصِيَّةِ ، قُلِعَ بِنَاؤُهُ وَغَرَسُهُ مَجَانًا ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْمَلِكُ حِينَ الْمَوْتِ، فَتَنْعَكِسَ هَذِهِ الْأَحْكَامُ. المقتنع

الشرح الكبير به عن كونهم جميع الورثة . ومن فروع ذلك ، أنه لو مات الموصى له فقيل وارثه ، لثبت الملك للوارث القابل ابتداءً من جهة الموصى ، لا من جهة موروثه ، ولم يثبت للموصى له شيء ، فحينئذ لا تقضى ديونته ولا تنفذ وصاياه ، ولا يعتق من يعتق عليه . فإن كان منهم من يعتق على الوارث ، عتق عليه ، وكان ولاؤه له دون الموصى له . وعلى الوجه الآخر ، نبيئ أن الملك كان ثابتاً للموصى له ، وأنه انتقل منه إلى وارثه ، فتعكس هذه الأحكام ، فنقض ديونته ، وتنفذ وصاياه ، ويعتق من يعتق عليه ، وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته (ويحتمل أن يثبت الملك من حين الموت ، فتعكس هذه الأحكام) وقد ذكرناه .

فصل : ونصح الوصية المطلقة ومقيدة : فالمطلقة ، أن يقول : إن ميتاً فثلثي للمساكين . أو : لزيد . والمقيدة ، أن يقول : إن ميتاً في مرضي هذا . أو : في هذه البلدة . أو : في سفرى هذا ، فثلثي للمساكين . فإن برأ من مرضه ، أو قديم من سفره ، أو خرج من البلدة ، ثم مات ، بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة . قال أحمد ، في من وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ، ولم يغير وصيته ، ثم مات بعد ذلك : فليس له وصية . وبهذا قال الحسن ، والثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ،

الإنصاف على القول بالملك بالموت . أمّا إن قيل : هي قبل القبول على ملك الوارث . فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه ، فيكون محترماً ، يملك بقيمته . قلت : وهو الصواب . ومنها ، لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل

فصل : وَيَجُوزُ الرَّجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ .

المفنع

الشرح الكبير

وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال مالكٌ : إن قال قولاً ، ولم يَكُتُبْ كِتَابًا ، فهو كذلك ، وإن كُتِبَ كِتَابًا ثُمَّ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، وأَقْرَأَ الْكِتَابَ ، فَوَصِيَّتُهُ بِحَالِهَا ما لم يَنْقُضْهَا . ولنا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِشَرْطٍ لم يُوجَدْ شَرْطُهَا ، فَبَطَلَتْ ، كما لو لم يَكُتُبْ كِتَابًا ، أو كما لو وَصَّى لِقَوْمٍ فَمَاتُوا قَبْلَهُ ، ولأنَّهُ قَيْدٌ وَصِيَّتُهُ بِقَيْدٍ ، فلا تَتَعَدَّاهُ ، كما ذَكَرْنَا . وإن قال لأَحَدِ عِبْدَيْهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وقال لِلْآخَرِ : أَنْتَ حُرٌّ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا . فَمَاتَ مِنْ مَرَضِهِ ، فَالْعَبْدَانِ سَوَاءٌ فِي التَّذْيِيرِ . [١٧٩/٥ ط] وإن بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، بَطَلَ تَذْيِيرُ الْمُقَيَّدِ وَبَقِيَ تَذْيِيرُ الْمُطْلَقِ بِحَالِهِ . ولو وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِهِ ، وقال : إِنْ مِتُّ قَبْلِي فَهُوَ لِعَمْرٍو . صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ عَلَى حَسَبِ مَا شَرَطَهُ . وكذلك سَائِرُ الشُّرُوطِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(١) .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَيَجُوزُ الرَّجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ) اتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ لِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِي كُلِّ مَا وَصَّى بِهِ ، وَفِي بَعْضِهِ ،

قَبُولُهُ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : الْمِلْكُ لَهُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ . فَهُوَ شَرِيكٌ لِلْوَرَثَةِ فِي الشُّفْعَةِ ، وَإِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهَا . وَمِنْهَا ، جَرَيَانُهُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ الْمُوصِي لَهُ . جَرَى فِي حَوْلِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْوَرَثَةِ . فَهَلْ يَجْرِي فِي حَوْلِهِمْ ، حَتَّى لو تَأَخَّرَ الْقَبُولُ سَنَةً كَانَتْ زَكَاتُهُ عَلَيْهِمْ ، أَمْ لَا ؛ لَصَغْفَرِ مَلِكِهِمْ فِيهِ ، وَتَرَلَّزُلُهُ ، وَتَعَلَّقَ حَقُّ الْمُوصِي لَهُ بِهِ ، فَهُوَ كَالِ الْمُكَاتَبِ ؟ قال في « الْقَوَاعِدِ » : فِيهِ تَرَدُّدٌ . قلتُ : الثَّانِي أَوْلَى .

(١) تقدم تخريجه في ١٠/١٤٩ .

المقنع فإذا قال : قَدْ رَجَعْتُ فِي وَصِيَّتِي . أَوْ : أَبْطَلْتُهَا . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، بَطَلَتْ .

الشرح الكبير إلا الوصية بالإعتاق ، فقد اختلف فيها ، فالأكثرُونَ على جواز الرجوع فيها أيضًا . رَوَى ذلك عن عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يُعَيِّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنْ وَصِيَّتِهِ^(١) . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَالنَّخَعِيُّ : يُعَيِّرُ مَا شَاءَ مِنْهَا إِلَّا الْعِتْقَ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَغْيِيرَهُ ، كَالْتَّذِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، فَمَلَكَ الرَّجُوعَ عَنْهَا ، (كغَيْرِ الْعِتْقِ)^(٢) ، وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ تَنْجُزُ بِالْمَوْتِ ، فَجَازَ لَهُ الرَّجُوعُ عَنْهَا قَبْلَ تَنْجِيزِهَا ، كَهَبَةِ مَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَأَمَّا التَّذِيرُ ، فَلَنَا فِيهِ مَنَعٌ ، وَإِنْ سُلِمَ ، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ تُفَارِقُ التَّذِيرَ ، فَإِنَّهُ تَعْلِيقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَمْ يَمْلِكْ تَغْيِيرَهُ ، كَتَعْلِيقِهِ^(٣) عَلَى صِفَةٍ فِي الْحَيَاةِ .

٢٦٧٣ - مسألة : (فإذا قال : قد رجعت في وصيتي . أَوْ : أَبْطَلْتُهَا . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ) كَقَوْلِهِ : غَيَّرْتُهَا (بَطَلَتْ) لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي

الإنصاف

(١) أخرجه الدارمي ، في : باب الرجوع عن الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤١٠/٢ .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في م : كتعليقه .

وَأَنَّ قَالَ فِي الْمَوْصَى بِهِ : هَذَا لَوَرَثَتِي . أَوْ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ الْمَقْنَعِ
لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ . كَانَ رُجُوعًا . وَإِنْ وَصَّى بِهِ لِآخَرَ وَلَمْ
يَقُلْ ذَلِكَ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا .

الرجوع (وإن قال في الموصى به : هو لورثتي) أو : في ميراثي . فهو
رُجُوعٌ ؛ لأنَّ ذلك يُنافي كونه وصيةً .

٢٦٧٤ - مسألة : وإن قال : (ما أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ .
كَانَ رُجُوعًا) وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولا نعلمُ
فيه مُخَالَفًا ؛ لَأَنَّهُ صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْأَوَّلِ بِذِكْرِهِ أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ مَرْدُودٌ
إِلَى الثَّانِي ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : رَجَعْتُ عَنْ وَصِيَّتِي لِفُلَانٍ وَأَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ .

٢٦٧٥ - مسألة : (وإن وَصَّى بِهِ لِآخَرَ وَلَمْ يَقُلْ ذَلِكَ ، فَهُوَ
بَيْنَهُمَا) إِذَا وَصَّى لِإِنْسَانٍ بِمَعِينٍ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ وَصَّى بِهِ لِآخَرَ ، أَوْ وَصَّى

قوله ^(١) : وإذا قال في الموصى به : هذا لورثتي . أو : ما أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ
لِفُلَانٍ . كَانَ رُجُوعًا - بلا خِلَافٍ أَغْلَمَهُ - وَإِنْ وَصَّى بِهِ لِآخَرَ وَلَمْ يَقُلْ ذَلِكَ ،
فَهُوَ بَيْنَهُمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » : هَذَا الْمَشْهُورُ فِي
الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ الْخَرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْعُنْدَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُنْذَبِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْقُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،

(١) في ط : « ومنها » .

لرجلٍ بثُلثه ثم وصَّى لآخرٍ بثُلثه ، أو وصَّى بجميعِ ماله لرجلٍ ثم وصَّى به لآخرٍ ، فهو بينهما ، وليس ذلك رُجوعاً في الوصِيَّة الأولى . وبه قال ربيعةٌ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال جابرُ بنُ زَيْدٍ ، والحسنُ ، وعطاءٌ ، وطاؤُسٌ ، وداودُ : وصِيَّتُهُ لِأَخِيرِ مَنَها ؛ لِأَنَّهُ وصَّى لِلثَّانِي بِما وصَّى به لِلأَوَّلِ ، فكان رُجوعاً ، كما لو قال : ما وصَّيْتُ به لفلانٍ فهو لفلانٍ . ولأنَّ الثَّانِيَةَ تُنافِي الأولى ، فإذا أتى بها كان رُجوعاً ، [١٨٠/٥] كما لو قال : هذا لِوَرَثَتِي . ولنا ، أَنَّهُ وصَّى بها لهما ، فاستَويا فيها ، كما لو قال : وصَّيْتُ لكما بهذه العَيْنِ . وما قاسوا عليه صَرَّحَ فيه بِالرُّجوعِ عَنْ وصِيَّتِهِ لِلأَوَّلِ ، وفي مسألتنا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَصَدَ التَّشْرِيكَ ، فلم تَبْطُلْ وصِيَّةُ الْآخِرِ بِالشَّكِّ .

فصل : إذا وصَّى بعبدٍ لرجلٍ ثم وصَّى لآخرٍ بثُلثه ، فهو بينهما أرباعاً . وعلى قولِ الْآخَرِينَ يَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ لِلثَّانِي ثُلْثُهُ كامِلاً . وإن وصَّى بعبدِهِ لاثْنَيْنِ ، فَرَدَّ أَحَدُهُما وصِيَّتَهُ ، فَلَا آخِرَ نِصْفُهُ . وإن وصَّى لاثْنَيْنِ بثُلْثي ماله ، فَرَدَّ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ ، وَرَدَّ أَحَدُ الْوَصِيِّينِ وصِيَّتَهُ ، فَلَا آخِرَ الثُّلْثِ كامِلاً ؛ لِأَنَّهُ وصَّى له به مُتَفَرِّداً وَزالتِ الْمُزاحمةُ ، فَكُمِّلَ له ، كما لو انفَرَدَ به .

و « الحارثي » . وقيل : هو لِلثَّانِي خاصَّةً . اختاره ابنُ عَقِيلٍ . ونقل الأثرُ ، يُؤخَذُ بِآخِرِ الوَصِيَّةِ . وقال في « التَّبَصُّرَةِ » : هو لِلأَوَّلِ . فعلى المذهبِ ، أيُّهما ماتَ أو رَدَّ قَبْلَ موتِ المُوصِّي ، كان لِلْآخِرِ . قاله الأصحابُ ، فهو اشتراكٌ تَرَاهِمٍ .

فصل : إذا أقرَّ الوارثُ أن أباه وصَّى بالثلث لرجلٍ ، وأقام آخرُ شاهدين أنه أوصى له بالثلث ، فردَّ الوارثُ الوصيتين ، وكان الوارثُ رجلاً عدلاً ، وشهد بالوصية ، حلف معه الموصى له ، واشتركا في الثلث . وبهذا قال أبو ثورٍ . وهو قياس قول الشافعي . وقال أصحاب الرأي : لا يُشارِكُه المقرُّ له . بناءً منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية . وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهدٍ ويمينٍ . رواه مسلم^(١) . وإن كان المقرُّ ليس بعدلٍ ، أو كان امرأةً ، فالثلث لمن شهدت له البيّنة ؛ لأن وصيته ثابتة ، ولم تثبت وصية الآخر . وإن لم يكن لواحدٍ منهما بيّنة ، فأقرَّ الوارثُ أنه أقرَّ لفلان بالثلث ، أو بهذا العبد ، و^(٢) أقرَّ لآخر به بكلامٍ متّصلٍ ، فالمقرُّ به بينهما . وبهذا قال أبو ثورٍ ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه مخالفاً . وإن أقرَّ به لواحدٍ ، ثم أقرَّ به لآخر في مجلسٍ آخر ، لم يُقبل إقراره ؛ لأنه ثبت للأول بإقراره ، فلا يُقبل قوله فيما ينقص به حق الأول ، إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويخلف معه المقرُّ له ، فيُشارِكُه ، كما لو ثبت للأول بيّنة . وإن أقرَّ للثاني في المجلس بكلامٍ منفصلٍ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يُقبل ؛ لأن حق الأول ثبت في الجميع ، فأشبه ما لو أقرَّ له في مجلسٍ آخر . والثاني ، يُقبل ؛ لأن المجلس الواحد كالحال الواحد .

(١) في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . وابن
ماجه ، في : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .
(٢) في م : ٥ أو ، .

المقنع وَإِنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ ، كَانَ رُجُوعًا .

الشرح الكبير

٢٦٧٦ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ ، كَانَ رُجُوعًا)
إِذَا وَهَبَ الْمُوصِي بِهِ ، أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ ، أَوْ أَكَلَهُ ، أَوْ أَطْعَمَهُ ، أَوْ أَتْلَفَهُ ،
أَوْ كَانَ ثَوْبًا فَفَصَّلَهُ وَلَبِسَهُ ، أَوْ جَارِيَةً فَأَحْبَلَهَا ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ، فَهُوَ
رُجُوعٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ،
أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِطَعَامٍ فَأَكَلَهُ ، أَوْ بِشَيْءٍ فَاتْلَفَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ تَصَدَّقَ
بِهِ ، أَوْ بِجَارِيَةٍ فَأَحْبَلَهَا ، أَوْ أَوْلَدَهَا ، [١٨٠/٥ ظ] فَإِنَّهُ يَكُونُ رُجُوعًا ،
وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَهَا . وَحُكِيَ عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ يَبْعُهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ ؛
لأنَّهُ أَخَذَ بَدْلَهُ ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَزَالَ مِلْكَهُ عَنْهُ ، فَكَانَ رُجُوعًا ،
كَأَلَوْ وَهَبَهُ . وَإِنْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ ، أَوْ وَصَّى بِبَيْعِهِ ، أَوْ أَوْجَبَ الْهَبَةَ فَلَمْ
يَقْبَلْهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ لِلرُّجُوعِ ،
وَوَصِيَّتِهِ بِبَيْعِهِ أَوْ إِعْتَاقِهِ رُجُوعٌ ، لِكَوْنِهِ وَصَّى بِمَا يُنَافِي الْوَصِيَّةَ الْأُولَى .

الإتصاف

قوله : وَإِنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ ، كَانَ رُجُوعًا . إِذَا بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، كَانَ
رُجُوعًا ، بَلَا نِزَاعٍ . وَكَذَا إِنْ رَهَنَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
الْأَصْحَابِ . وَقُطِعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ :
لَيْسَ بِرُجُوعٍ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، لَوْ أَوْجَبَهُ فِي الْبَيْعِ أَوْ الْهَبَةِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ فِيهِمَا ، أَوْ عَرَضَهُ لِبَيْعٍ
أَوْ رَهْنٍ ، أَوْ وَصَّى بِبَيْعِهِ ، أَوْ عَثَقَهُ أَوْ هَبَّتَهُ ، كَانَ رُجُوعًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ
الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ .

وَأِنْ كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

المقنع

الشرح الكبير

وإن رهنه ، كان رُجوعًا ؛ لأنه عُلِقَ به حَقًا يجوزُ بيعُه ، فكان أعظمَ من عَرْضِه على البيعِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنه ليس برُجوعٍ . وهو وَجْهٌ لأصحابِ الشافعي ؛ لأنه لا يُزِيلُ الْمِلْكَ ، أَشْبَهَ إِجَارَتَه .

٢٦٧٧ - مسألة : (وإن كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، فعلى وَجْهَيْنِ) أحدهما ، يكون رُجوعًا ؛ لأنَّ الْكِتَابَةَ بَيْعٌ ، والتَّذْيِيرُ أَقْوَى مِنَ الْوَصِيَّةِ ؛ لأنه يَنْتَجِزُ بِالْمَوْتِ ، فَسَبَقَ أَخْذَ الْمُوصَى لَهُ ، وَجَحْدُ الْوَصِيَّةِ

الإنصاف

نَقَلَهُ الْحَارِثِيُّ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، فِيمَا إِذَا أَوْجَبَهُ فِي الْبَيْعِ ، أَوْ هَبَهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ . وَقِيلَ : لَيْسَ بِرُجُوعٍ ؛ كإِبْجَارِهِ وَتَزْوِيجِهِ ، وَمُجَرَّدِ لُبْسِهِ وَسُكْنَاهُ ، وَكَوَصِيَّتِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ فَيُتْلَفُ ، أَوْ يَبِيعُهُ ، ثُمَّ يَمْلِكُ مَا لَا غَيْرَهُ ، فَإِنَّهُ فِي ذَلِكَ لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، فِيمَا إِذَا أَوْجَبَهُ فِي بَيْعٍ ، أَوْ هَبَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، فَلَمْ يُقْبَلْ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ حَرَامٌ عَلَيْهِ . فَرُجُوعٌ . ذَكَرَهُ فِي « الْكَافِي » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ، وَنَصَرَهُ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ وَصَّى بِثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ بَاعَهُ أَوْ هَبَهُ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى بِهِ لَا يَنْحَصِرُ فِيمَا هُوَ حَاضِرٌ ، بَلْ فِيمَا عِنْدَ الْمَوْتِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا .

قوله : وإن كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، فعلى وَجْهَيْنِ . إِذَا كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أُطْلِقَ الْمُصَنَّفُ فِيهِمَا وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ رُجُوعٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي

المقنع فَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، أَوْ أزالَ اسْمَهُ فَطَحَنَ

الشرح الكبير رُجُوعٌ ؛ لَأَنَّهُ يَدُلُّ^(١) عَلَى الرُّجُوعِ ، وَلأنَّ جَحْدَهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَرِيدُ إِيصَالَهُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لَأَنَّ الْكِتَابَةَ وَالتَّذْيِيرَ لَا يَخْرُجُ بِهِمَا عَنْ مِلْكِهِ ، وَلأنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ ، فَلَا تَبْطُلُ بِالْجُحُودِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ .

٢٦٧٨ - مسألة : (وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ) مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ تَسْلِيمُهُ ، فَيَدُلُّ عَلَى رُجُوعِهِ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ . وَإِنْ (أزالَ اسْمَهُ ، فَطَحَنَ

الإصناف « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، فِي الْكِتَابَةِ ، وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ فِيهِمَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَيْسَ ذَلِكَ بِرُجُوعٍ . وَأُطْلِقَ [٢٦٨/٢ د] فِيمَا إِذَا جَحَدَ الْوَصِيَّةُ الْوَجْهَيْنِ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، هُوَ رُجُوعٌ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقَيَّدَ الْخِلَافَ بِمَا إِذَا عَلِمَ . وَهُوَ مُرَادُ مَنْ أُطْلِقَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قوله : وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، أَوْ أزالَ اسْمَهُ ، فَطَحَنَ الْحِنْطَةَ ، أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ ، أَوْ جَعَلَ الْخُبْزَ فَتِيئًا ، أَوْ نَسَجَ الْعَزْلَ ، أَوْ نَجَرَ الْخَشَبَةَ أَبَا وَنَحْوَهُ ، أَوْ

(١) ق م : « لَا يَدُلُّ » .

الْحِنْطَةَ أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ ، [١٦٢ ط] أَوْ جَعَلَ الْخُبْزَ فَيْتًا ، أَوْ الْمُنْعِ
نَسَجَ الْغَزْلَ ، أَوْ نَجَرَ الْخَشَبَةَ بَابًا وَنَحَوَهُ ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ
وَزَالَ اسْمُهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ رُجُوعٌ . وَذَكَرَ أَبُو
الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ .

الْحِنْطَةَ (أَوْ عَجَنَ الدَّقِيقَ ، أَوْ خَبَزَ الْعَجِينَ ^(١)) (أَوْ جَعَلَ الْخُبْزَ فَيْتًا) فَهُوَ
رُجُوعٌ ؛ لِأَنَّهُ أَزَالَ اسْمَهُ . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ أَزَالَ اسْمَهُ وَعَرَّضَهُ
لِلْإِسْتِعْمَالِ ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى رُجُوعِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَعَلَى قِيَاسِ
ذَلِكَ إِذَا (نَجَرَ الْخَشَبَةَ بَابًا وَنَحَوَهُ) لِأَنَّهُ أَزَالَ اسْمَهُ ، فَهُوَ فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ
كَانَ قُطْنًا أَوْ كَتَانًا فَغَزَلَهُ ، أَوْ غَزَلَ فَنَسَجَهُ ، أَوْ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ، أَوْ نُقْرَةً ^(٢)
فَضَرَبَهَا ، أَوْ شَاءَ فَذَبَحَهَا ، كَانَ رُجُوعًا . وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ،
وَالشَّافِعِيُّ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَهُوَ
قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ اسْمَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَرَّضَهُ لِلْإِسْتِعْمَالِ ، فَكَانَ
رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ لَا يُزِيلُ اسْمَهُ . لَا
يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الثَّوْبَ لَا يُسَمَّى غَزْلًا ، وَالْغَزْلَ لَا يُسَمَّى كَتَانًا .

الْإِنْصَافُ انْهَدَمَتِ الدَّارُ وَزَالَ اسْمُهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ رُجُوعٌ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ
وَجْهَيْنِ . أَعْلَمَ أَنَّهُ إِذَا خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، أَوْ أَزَالَ اسْمَهُ ، فَطَحَنَ
الْحِنْطَةَ ، أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ ، وَنَحَوَهُ ، وَكَذَا لَوْ زَالَ اسْمُهُ بِنَفْسِهِ ، كَانْهَدَامِ الدَّارِ أَوْ
بَعْضِهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ رُجُوعٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ،

(١) ق م : « الحنطة » .

(٢) ق م : « بقرة » .

فصل : وإن حَدَّثَ بِالْمَوْصَى به ما يُزِيلُ اسْمَهُ مِنْ غَيْرِ ^(١) فِعْلُ الْمَوْصَى ، مِثْلُ أَنْ سَقَطَ الْحَبُّ فِي الْأَرْضِ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ فَصَارَتْ فُضَاءً فِي حَيَاةِ الْمَوْصَى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ لَا يَتَنَاوَلُهُ

الشرح الكبير

و « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . واختاره ابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشارحُ ، وغيرُهم . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : ليس برُجوع . قدمه في « الهداية » ، واختاره . وقدمه في « المذهب » ، و « المُستوعِب » . وصحَّحه في « الخلاصة » . وقال في « القاعدة الثانية والعشرين » : لو وصَّى له برطلٍ مِنْ زَيْتٍ مُعَيَّنٍ ، ثم خَلَطَهُ بِزَيْتٍ آخَرَ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : هو اشتراكٌ . لم تبطلِ الوَصِيَّةُ ، وإن قلنا : هو استهلاكٌ . بطلت . والمنصوصُ في رواية عَبْدِ اللَّهِ ، وأبي الحارث ، أَنَّهُ اشْتَرَاكَ . واختاره ابنُ حامِدٍ ، والقاضي ، وغيرُهما . قاله قبل ذلك . وأما إِذَا عَمِلَ الْخُبْزَ فَنَيْتًا ، أَوْ نَسَجَ الْعَزْلَ ، أَوْ عَمِلَ الثُّوبَ قَمِيصًا ، أَوْ ضَرَبَ الثَّقَرَةَ دَرَاهِمَ ، أَوْ ذَبَحَ الشَّاةَ ، أَوْ بَنَى ، أَوْ غَرَسَ ، ففيه وَجْهَانِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وأُطْلِقَهُمَا في « الكافي » ، و « النَّظْمِ » ، في الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هو رُجوعٌ . وهو الصَّحِيحُ . اختاره القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ - في غير الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ - والمُصَنِّفُ ، والشارحُ مُطْلَقًا . وصحَّحه في « التَّصْحِيحِ » فيما ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « الكافي » ، في غير الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ ، وصحَّحه في « النَّظْمِ » ، في غير الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ . وصحَّحه الْحَارِثِيُّ أَيْضًا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، ليس برُجوعٌ . اختاره أَبُو الْخَطَّابِ . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المُستوعِب » . قال في « الخلاصة » : لم

الإنصاف

(١) سقط من : م .

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَ الصُّبْرَةَ بِأُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا .

الاسم . وهو اختيار القاضي . وذكر أبو الخطاب ، [١٨١/٥] في الدار إذا انهدمت وزال اسمها وجهها ، أنه لا يكون رجوعًا ؛ لأن الموصى لم يقصد ذلك . والأول أولى . وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها ، سلمت إليه .

٢٦٧٩ - مسألة : (وإن وصَّى له بقفيز من صُبْرَةٍ ، ثم خلط الصُّبْرَةَ بأُخْرَى ، لم يكن رجوعًا) سواء خلطها بمثلها ، أو خيّر منها ، أو دونها ؛

يكن رجوعًا في الأصح .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، لو وصَّى له بدار ، فانهدمت ، فأعادها ، فالمذهب بطلان الوصية . قال في « القواعد » : هذا المشهور ، ولا تعود بعود البناء . ويتوجه عودها ، إن أعادها بآلتها القديمة . وفيه وجه آخر ، لا تبطل الوصية بكل حال . الثانية ، وطء الأمة ليس برجوع إذا لم تحمل . على الصحيح من المذهب . وجزم به في « الوجيز » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » ، و « النظم » ، و « الكافي » . وقدمه في « المغني » ، و « شرح الحارثي » . وفي « المغني » احتمال بالرجوع . وقال في « الرعاية الكبرى » : وإن أوصى بأمة ، فوطئها وعزل عنها ، وقيل : أو لم يعزل عنها . ولم تحبل ، فليس برجوع . وذكر ابن رزير فيه وجهين .

قوله : (وإن وصَّى له بقفيز من صُبْرَةٍ ، ثم خلط الصُّبْرَةَ بأُخْرَى ، لم يكن رجوعًا . سواء خلطه بدونه ، أو بمثله ، أو بخير منه . وهذا المذهب . جزم به في

لأنه كان مُشاعاً ، وبَقِيَ مُشاعاً ، وقيل : إن خَلَطَهُ بخيرٍ منه ، كان رُجوعاً ؛
لأنه لا يُمكنه تَسْلِيمُ المَوْصَى به إِلَّا بتَسْلِيمِ خَيْرٍ منه ، ولا يَجِبُ على الوارِثِ
تَسْلِيمُ خَيْرٍ منه ، فصار مُتَعَذِّرُ التَّسْلِيمِ ، بخلافِ ما إذا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أو
دُونِهِ .

« الْمُحَرَّرُ » ، و « الكافي » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنْجَى » . قال في « الهداية » :
فإن وصَّى بطعامٍ ، فخلَطَهُ بغيرِهِ ، لم يَكُنْ رُجوعاً . وقَدَّمه في « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِي » . وقيل : هو رُجوعٌ مُطْلَقاً . صحَّحه النَّاطِمُ .
وأُطْلِقَهُمَا في « القَاعِدَةُ الثَّانِيَّةُ والعِشْرِينَ » ، وقال : هما مَبْنِيَّانِ (١) « على أَنَّ » الخَلْطَ
هل هو اسْتِهْلَاكٌ ، أو اسْتِثْرَاكٌ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هو اسْتِثْرَاكٌ . لم يَكُنْ رُجوعاً ، وإلَّا كان
رُجوعاً . قلتُ : تَقَدَّمَتْ هذه المَسْأَلَةُ في كتابِ الْعَصَبِ ، في كلامِ الْمُصَنِّفِ .
وَالصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ ، أَنَّهُ اسْتِثْرَاكٌ . وقيل : هو رُجوعٌ إِنْ خَلَطَهُ بِخَيْرٍ (٢) مِنْهُ ،
وإلَّا فلا . وجَزَمَ بِهِ في « النَّظْمِ » . واختارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » وَغَيْرُهُ . قال
الحارِثِي : وهو مَفْهُومُ إيرادِ القَاضِي في « المُجَرَّدِ » . وأُطْلِقَ في « الفُرُوعِ » ،
فَإِذَا خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، الِوَجْهَيْنِ . قال في « الرُّعَايَتَيْنِ » : وَإِنْ وصَّى بِقَفِيرٍ مِنْهَا ،
ثُمَّ خَلَطَهَا بِخَيْرٍ مِنْهَا ، فَقَدْ رَجَعَ ، وإلَّا فلا . قال في « الكُبْرَى » : قلتُ : إِنْ
خَلَطَهَا بِأَرْدَأُ مِنْهَا صِفَةً ، فَقَدْ رَجَعَ ، وَإِنْ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا فِي الصَّفَةِ ، فلا . وقيل :
لا يَرْجِعُ بِحَالٍ .

فائدةٌ : لو وصَّى له بِصُبْرَةٍ طَعَامٍ ، فخلَطَهَا بِطَعَامٍ غَيْرِهَا ، ففيهِ وَجْهَانِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

وَإِنْ زَادَ فِي الدَّارِ عِمَارَةً ، أَوْ أَنهَدَمَ بَعْضُهَا ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى الْمَنعَ لَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٦٨٠ - مسألة : (وَإِنْ زَادَ فِي الدَّارِ عِمَارَةً ، أَوْ أَنهَدَمَ بَعْضُهَا ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، لَا يَسْتَحِقُّهُ ؛ لِأَنَّ

مُطْلَقَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ النُّسخَةُ مَعْلُومَةً . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَكُونُ رُجُوعًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : لَوْ خَلَطَ الْحِنْطَةُ الْمُعَيَّنَةَ بِحِنْطَةٍ أُخْرَى ، فَهُوَ رُجُوعٌ . قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . انْتَهَى . فَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ [٢ / ٢٦٨ ط] الْكَثِيرَى » : ^(١) وَقِيلَ : إِنْ خَلَطَهَا مِنَ الطَّعَامِ بِمِثْلِهَا قَدْرًا وَصِفَةً ، فَعَدَّمَ الرَّجُوعَ أَظْهَرَ . وَإِنْ اخْتَلَفَا قَدْرًا أَوْ صِفَةً ، أَوْ اخْتَمَلَ ذَلِكَ ، فَالرُّجُوعُ أَظْهَرُ ؛ لِتَعَدُّرِ الرَّجُوعِ بِالْمُوصَى بِهِ .

قوله : وَإِنْ زَادَ فِي الدَّارِ عِمَارَةً ، أَوْ أَنهَدَمَ بَعْضُهَا ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، فِيمَا إِذَا زَادَ فِيهَا عِمَارَةً ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَسْتَحِقُّهُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَالثَّانِي ، يَسْتَحِقُّهُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي ^(١)

(١ - ١) زيادة من : ١ .

الزِيَادَةُ لم تَتَنَاوَلْهَا الوَصِيَّةُ ، وَالْإِنْقَاضُ لَا تَدْخُلُ فِي مُسَمَّى الدَّارِ ، وَإِنَّمَا يَتَّبِعُ الدَّارَ فِي الوَصِيَّةِ مَا ^(١) يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، يَدْخُلَانِ فِي الوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَابِعَةٌ لِلْمَوْصَى بِهِ ، فَأَشْبَهَ سِمَنَ الْعَبْدِ وَتَعْلِيمَهُ ، وَالْمُنْهَدِمُ قَدْ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ ، فَتَبَقَّى الوَصِيَّةُ بَيَقَائِهِ .

فصل : نَقَلَ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ قَالَ : هَذَا ثُلْثِي لِفُلَانٍ ، وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ . فَهُوَ لِلْآخَرِ مِنْهُمَا ، وَيُعْطَى هَذَا مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، فَإِنْ مَاتَ وَفَضَلَ شَيْءٌ ؛ رُدَّ إِلَى صَاحِبِ الثُّلْثِ . فَحَكَمَ بِصِحَّةِ الوَصِيَّةِ وَإِنْفَازِهَا ، عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ الْمَوْصَى .

^(٢) « الصَّغِيرِ » . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، فِيمَا إِذَا زَادَ فِي الدَّارِ عِمَارَةٌ : لَا يَأْخُذُ نَمَاءٌ مُنْفَصِلًا . وَفِي مُتَصِلٍ وَجْهَانِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ^(٣) : وَقِلْتُ : الْإِنْقَاضُ لَهُ ، وَالْعِمَارَةُ إِرْثٌ . وَقِيلَ : إِنْ صَارَتْ فَضَاءٌ فِي حَيَاةِ الْمَوْصَى ، بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ ، وَإِنْ بَقِيَ اسْمُهَا أَخَذَهَا ، إِلَّا مَا انفَصَلَ مِنْهَا .

فائدتان ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ بَنَى الْوَارِثُ فِي الدَّارِ ، وَكَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ ، فَقِيلَ : يَرْجِعُ عَلَى الْمَوْصَى لَهُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ . قَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ ، وَعَلَيْهِ أَرْضُ مَا نَقَصَ مِنَ الدَّارِ عَمَّا كَانَتْ عَلَيْهِ قَبْلَ عِمَارَتِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَإِنْ جَهَلَ الوَصِيَّةُ ، فَلَهُ قِيَمَتُهُ غَيْرَ مَقْلُوعٍ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَوْصَى لَهُ

(١) فِي م : « وَمَا » .

(٢ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ ١ .

وَأَنَّ أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ قَالَ : إِنَّ قَدِيمَ فَلَانٍ فَهُوَ لَهُ . فَقَدِيمٌ فِي الْمُنْعِ حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ قَدِيمٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، هُوَ لِلْقَادِمِ .

الشرح الكبير

٢٦٨١ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ) بشيء (ثُمَّ قَالَ : إِنَّ قَدِيمَ فَلَانٍ فَهُوَ لَهُ . فَقَدِيمٌ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ) لَأَنَّهُ جَعَلَهُ لَهُ بِشَرْطِ قُدُومِهِ ، وَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطُ (وَإِنْ قَدِيمٌ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) لَأَنَّهُ لَمَّا مَاتَ قَبْلَ قُدُومِهِ انْتَقَلَ إِلَى الْأَوَّلِ ، لِعَدَمِ الشَّرْطِ فِي الثَّانِي ، وَقَدِيمُ الثَّانِي بَعْدَ مِلْكِ الْأَوَّلِ لَهُ وَانْقِطَاعِ حَقِّ الْمُوصَى مِنْهُ ، فَيَبْقَى لِلأَوَّلِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي (وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي ، هُوَ لِلْقَادِمِ) لَأَنَّهُ مَشْرُوطٌ لَهُ بِقُدُومِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَالَ : إِنْ حَمَلَتْ نَخْلَتِي بَعْدَ مَوْتِي فَهُوَ لِفُلَانٍ . فَحَمَلَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ حَمْلَهَا بَعْدَ مِلْكِ الْوَرَثَةِ لِأَصْلِهَا .

الإنصاف

بِدَارٍ ، دَخَلَ فِيهَا مَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ . وَنَقَلَ ابْنُ صَدَقَةَ^(١) فِي مَنْ وَصَّى بِكَرْمٍ وَفِيهِ حَمْلٌ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ . وَنَقَلَ غَيْرُهُ ، إِنْ كَانَ يَوْمَ وَصْيٍ بِهِ لَهُ فِيهِ حَمْلٌ ، فَهُوَ لَهُ . قَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : لَا يُلْزَمُ الْوَارِثُ سَقْيُ ثَمَرَةِ مُوصَى بِهَا ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ تَسْلِيمَ هَذِهِ الثَّمَرَةِ إِلَى الْمُوصَى لَهُ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ ثُمَّ قَالَ : إِنَّ قَدِيمَ فَلَانٍ فَهُوَ لَهُ . فَقَدِيمٌ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ - بِلَا نِزَاعٍ - وَإِنْ قَدِيمٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، فِي أَحَدِ

(١) أحمد بن محمد بن عبد الله بن صدقة البغدادي ، أبو بكر . الإمام الحافظ المتقن الفقيه ، حدث عن الإمام أحمد بمسائل . توفي سنة ثلاث وتسعين ومائتين . سير أعلام النبلاء ٨٣/١٤ ، ٨٤ .

فصل : إذا أوصى بأمة لزوجها الحر فقبلها ، انفسخ النكاح ؛ لأن النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين . وظاهر المذهب أن الموصى له إنما ملك الموصى به بالقبول ، فحينئذ ينفسخ النكاح . وفيه وجه آخر ، أنه إذا قبل ، تبين أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصى ، فتبين أن النكاح انفسخ من حين موت الموصى . فإن أتت بولد ، لم يخل من ثلاثة أحوال ؛ أحدها ، أن تكون حاملاً به^(١) حين الوصية ، ويعلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر منذ أوصى ، فالصحيح [١٨١/٥ ط] أنه يكون موصى به معها ؛ لأن للحمل حكماً ، ولهذا تصح الوصية به وله ، وإذا صحت الوصية به منفرداً ، صحت به مع أمه ، فيصير كالموكل كان منفصلاً ، فأوصى بهما جميعاً . وفيه وجه^(٢) آخر ، لا حكم للحمل ، فلا يدخل في الوصية ، وإنما يثبت له الحكم عند انفصاله ، كأنه حدث حينئذ . فعلى هذا ، إن انفصل في حياة الموصى ، فهو له^(٣) ، كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول ، فهو للورثة ، على ظاهر المذهب ، وإن انفصل بعده ، فهو للموصى^(٤) . الحال الثاني ، أن تحمّل به بعد الوصية ، ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى ؛ لأنها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية ، فيحتمل أنها حملته بعدها ، فلم تتناولها ، والأصل عدم الحمل حال الوصية ، فلا تثبته بالشك ، فيكون مملوكاً

الإيناف الوجهين . وهو المذهب . صححه في « التصحيح » . وجزم به في « الوجيز » وغيره . واختاره القاضى . وقدمه في « الفروع » ، و « الخلاصة » ،

(١) سقط من : م .
(٢) في م : « للموصى » .

للموصى إن وَلَدَتْهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ ، وَقُلْنَا : لِلْحَمْلِ حُكْمٌ .
فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حُكْمَ لَهُ . فَهُوَ لِلوَرَثَةِ إِنْ وَلَدَتْهُ قَبْلَ الْقَبُولِ ، وَلَأَبِيهِ
إِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ كَانَ الْوَلَدُ لِلْمَوْصَى لَهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَأَنَّهُ
ابْنُهُ ، وَعَلَيْهِ وَلَا يَلْزَمُ لَأَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ ، وَأُمُّهُ أُمَّةٌ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا
بِالْمِلْكِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَعْلُقُ مِنْهُ بَحْرٌ فِي مِلْكِهِ . الْحَالُ الثَّالِثُ ،
أَنْ تَحْمِلَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصَى وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَكْثَرِ
مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ ، فَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ الْقَبُولِ ، فَهُوَ لِلوَارِثِ ،
فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْمَوْصَى لَهُ بَعْدَ الْقَبُولِ . وَعَلَى
الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمَوْصَى لَهُ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ الْقَبُولِ فَكَذَلِكَ ؛
لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، فَيَكُونُ حَادِثًا عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ . وَعَلَى
الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمَوْصَى لَهُ . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ حُرًّا لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَكُونَهَا عَلَقَتْ مِنْهُ بَحْرٌ فِي مِلْكِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ
الْقَبُولِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ قَرِيبٌ مِمَّا قُلْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ : إِذَا وَضَعَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصَى ، دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ بِكُلِّ حَالٍ ؛
لِأَنَّهُ تَسْتَقِرُّ بِالْمَوْتِ وَتَلْزَمُ ، فَوَجَبَ أَنْ تَسْرَى إِلَى الْوَلَدِ ، كَالِاسْتِيلَادِ .
وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ حَادِثَةٌ بَعْدَ عَقْدِ الْوَصِيَّةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِيهَا ،
كَالْكَسْبِ ، وَكَمَا لَوْ وَصَّى بِعَتَقِ جَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ ، وَيُفَارِقُ الْاسْتِيلَادَ ؛ لِأَنَّ

و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَفِي الْآخِرِ ، هُوَ لِلْقَادِمِ . وَهُوَ
اِحْتِمَالٌ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » .

فَصْلٌ : وَتَخْرُجُ الْوَاجِبَاتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْصَى بِهَا

الشرح الكبير

له تَغْلِيْبًا وَسِرَآيَةً . وهذا التَّفْرِيعُ فيما إذا خَرَجَتْ مِنَ الثُّلْثِ ، وإن لم تَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، مَلَكَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مَلَكَ بَعْضُهَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ ، كِمَلَكِ جَمِيعِهَا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْوَلَدُ [١٨٢/٥] لِأَبِيهِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ مِنْهُ هَهُنَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْ أُمِّهِ ، وَيَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا مَلَكَ وَخَذَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ هَهُنَا ، سَوَاءً كَانَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ، عَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ الْأُمَّةَ الْمُشْتَرَكَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِيرُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قَالَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَتَخْرُجُ الْوَاجِبَاتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْصَى بِهَا أَوْ لَمْ يُوصَ) كَقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَالْحَجِّ ، وَالزَّكَاةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ بَعْدَ آدَاءِ الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ

الإنصاف

قَوْلُهُ : وَتَخْرُجُ الْوَاجِبَاتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْصَى بِهَا أَوْ لَمْ يُوصَ ، فَإِنْ وَصَّى مَعَهَا بِتَبْرُعٍ ، اغْتَبِرَ الثُّلُثُ مِنَ الْبَاقِي . بَعْدَ إِخْرَاجِ الْوَاجِبِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَنَقَلَ ابْنُ إِبْرَاهِيمَ ، فِي حَجٍّ لَمْ يُوصَ بِهِ ، وَزَكَاةٍ ، وَكَفَّارَةٍ ، مِنَ الثُّلْثِ . وَنَقَلَ أَيْضًا ، مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، مَعَ عِلْمِ الْوَرِثَةِ . وَنَقَلَ عَنْهُ فِي زَكَاةٍ ، مِنْ كُلِّهِ مَعَ صَدَقَةٍ .

فائدتان : إِحْدَاهُمَا ، إِذَا لَمْ يَفِرْ مَالُهُ بِالْوَجِبِ الَّذِي عَلَيْهِ ، تَحَاصُّوا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصُّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، تُقَدَّمُ

أَوْ لَمْ يُوصِرْ . فَإِنْ وَصَّى مَعَهَا بِتَبَرُّعٍ ، اِغْتَبِرَ الثُّلُثُ مِنَ الْمَنْعِ الْبَاقِي .

دَيْنٍ ﴿١﴾ . وقال عليٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى ^(٢) بِالْأَدْنَى قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) . وَالْوَاجِبُ لِحَقِّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ ، لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « دَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقَضَى » ^(٤) (فَإِنْ وَصَّى مَعَهَا بِتَبَرُّعٍ ، اِغْتَبِرَ الثُّلُثُ مِنَ الْبَاقِي) فَيُخْرَجُ الْوَاجِبُ أَوَّلًا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، ثُمَّ يُخْرَجُ ثُلُثُ الْبَاقِي ، كَمَا تَكُونُ تَرَكَّتُهُ أَرْبَعِينَ ، فَيُوصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ عَشْرَةٌ ، فَتُخْرَجُ الْعَشْرَةُ أَوَّلًا ، وَتُدْفَعُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ عَشْرَةٌ ، وَهِيَ ثُلُثُ الْبَاقِي بَعْدَ الدَّيْنِ .

الزَّكَاةُ عَلَى الْحَجِّ . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، يُبْدَأُ بِالْأَدْنَى . وَذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ قَوْلًا ، كَتَفَدِيهِم بِالرَّهْنَةِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ ، وَالَّذِي قَبْلَهُ ، بِأَنَّهُ مِنْ هَذَا ، فِي أَوَاخِرِ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فَلْيُرَاجَعْ . وَتَقَدَّمَ إِذَا وَجِبَ عَلَيْهِ الْحَجُّ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَضَاقَ الْمَالُ عَنْ ذَلِكَ ، فِي أَوَاخِرِ كِتَابِ الْحَجِّ . الثَّانِيَةُ ، الْمُخْرَجُ لِدَلَالَةِ وَصِيَّتِهِ ، ثُمَّ وَارِثَتِهِ ، ثُمَّ الْحَاكِمُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : الْحَاكِمُ بَعْدَ الْوَصِيِّ . وَهُوَ اخْتِمَالُ لِمَا حَبِ « الرُّعَايَةُ » . فَإِنْ أَخْرَجَهُ مَنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ بِإِذْنٍ ، أَجْزَأُ ، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الصُّوَابُ الْإِجْزَاءُ . وَتَقَدَّمَ فِي حُكْمِ قَضَاءِ الصُّومِ مَا يَشْهَدُ لَذَلِكَ . وَأُطْلِقَهُمَا أَيْضًا فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) في م : « بدأ » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٦ .

(٤) تقدم تخريجه في ٢٦٠/٦ .

وإن قال : أخرجوا الواجب من ثلثي . فقال القاضي : يُبدَأُ به ، فإن فصل من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع ، وإلا بطلت وصيته . وقال أبو الخطاب : يُزاحم به أصحاب الوصايا . فيَحْتَمِلُ عَلَى هَذَا أَنَّ يُقَسَمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا ، أَوْ يُتَمَمَ الْوَاجِبُ مِنْ رَأْسِ [١٦٣] الْمَالِ فَيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ ، فَلَوْ كَانَ الْمَالُ

الشرح الكبير

٢٦٨٢ - مسألة : (وإن قال : أخرجوا الواجب من ثلثي) أُخْرِجَ مِنَ الثُّلُثِ وَتُتَمَمَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي ، كَأَنَّهُ قَصَدَ إِرْفَاقَ وَرَثَتِهِ بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَصِيَّةٌ بِتَبَرُّعٍ (فقال القاضي : يُبدَأُ بِالْوَجِبِ ، فَإِنْ فَضَّلَ) عَنْهُ (مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ فَهُوَ لِصَاحِبِ التَّبَرُّعِ) وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ مِنْهُ شَيْءٌ سَقَطَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّيْنَ تَجِبُ الْبِدَاءَةُ بِهِ قَبْلَ الْمِيرَاثِ وَالتَّبَرُّعِ ، فَإِذَا عَيَّنَّ فِي الثُّلُثِ وَجِبَ الْبِدَايَةُ بِهِ ، وَمَا فَضَّلَ لِلتَّبَرُّعِ . فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ سَقَطَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوصَ لَهُ بِشَيْءٍ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ، فَيُعْطَى مَا أُوصِيَ لَهُ بِهِ (وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُزَاحِمُ بِهِ أَصْحَابُ الْوَصَايَا) فَيَحْتَمِلُ مَا قَالَه الْقَاضِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَاجِبِ وَالتَّبَرُّعِ بِالْحِصَّةِ ، فَمَا بَقِيَ مِنَ الْوَاجِبِ تُتَمَمُ مِنَ الثُّلُثَيْنِ ، فَيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى الْعَمَلِ

الإصناف

قوله : وإن قال : أخرجوا الواجب من ثلثي . فقال القاضي : يُبدَأُ به ، فإن فصل من الثلث شيء ، فهو لصاحب التبرع ، وإلا بطلت الوصية . يعني ، وإن لم يفضل شيء بطلت الوصية . وهو المذهب . جزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وصححه

ثَلَاثِينَ، وَالْوَاجِبُ عَشْرَةٌ، وَالْوَصِيَّةُ عَشْرَةٌ، جَعَلَتْ تِمَّةَ الْوَاجِبِ الْمَقْنَعُ شَيْئًا يَكُنِ الثُّلُثُ عَشْرَةَ إِلَّا ثُلُثَ شَيْءٍ بَيْنَهُمَا، لِلْوَاجِبِ خَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شَيْءٍ، تَضُمُّ إِلَيْهِ شَيْئًا يَكُنْ عَشْرَةٌ، فَتَجْبُرُ الْخَمْسَةَ بِسُدُسِ شَيْءٍ مِنَ الشَّيْءِ، فَتَبْقَى خَمْسَةُ أَسْدَاسِ شَيْءٍ تَعْدِلُ خَمْسَةً، فَالشَّيْءُ سِتَّةٌ، وَيَحْصُلُ لِلْوَصِيِّ الْآخِرِ أَرْبَعَةٌ.

الشرح الكبير

بطريق الجبر^(١). (فلو كان المال ثلاثين، والواجب عشرة، والوصية عشرة) فاجعل (تيممة الواجب شيئاً) يبقى ثلاثون إلا شيئاً، فثلثه عشرة إلا ثلث شيء، اقسّمها بين الواجب والتبرّع، يحصل (لِلْوَاجِبِ خَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شَيْءٍ) فإذا أضفت إليها الشيء الذي هو تيممة الواجب، كان عشرة، فاجبر الخمسة من الشيء بسدسه، يبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة، فتبين أن الشيء ستة، وللوصي الآخر، وهو صاحب

النَّاطِقُ. واختاره القاضي، وابن عقيل. قاله الحارثي. وقال أبو الخطاب: الإنصاف يزاجم به أصحاب الوصايا. وتابعه السامري. قال الشارح: فيحتمل ما قال القاضي، ويحتمل ما قاله المصنف هنا. يعني، أنه يقسم الثلث بينهما، ويتم الواجب من رأس المال، فيدخله الدور. وإنما قال المصنف: فيحتمل على هذا. لأن المزاحمة ليست صريحة في كلام أبي الخطاب؛ لأن قول القاضي يصدق عليه أيضاً. قال في «الفروع»: وقيل: بل يتراحمان فيه، ويتم الواجب من ثلثيه. وقيل: من رأس ماله. وقال في «الفائق»: وقيل: يتقاصان، ويتم الواجب من رأس المال. وقيل: من ثلثيه.

(١) في م: «الخبر».

الشرح الكبير التبرُّع أربعة .

فصل : فإن كان عليه دين خمسة أيضًا ، عُرِلَتْ [١٨٢/٥ ط] تِمَّةُ الواجب شيء ، وتِمَّةُ الدين نصف شيء ، بَقِيَ ثُلُثُ الْمَالِ عَشْرَةَ إِلَّا نِصْفَ شيء ، فاقْسَمْهُ بَيْنَ الْوَصَايَا ، فَيَحْصُلُ لِلْوَاكِبِ أَرْبَعَةٌ إِلَّا خُمْسَ شيء ، اضْمُمْ إِلَيْهَا تِمَّتَهُ ، يَصِرْ شَيْئًا وَأَرْبَعَةٌ إِلَّا خُمْسَ شيء ، تَعْدِلُ ^(١) عَشْرَةَ ، وَبَعْدَ الْجَبْرِ تَصِيرُ أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسَ شيء ^(٢) ، تَعْدِلُ سِتَّةً ، فَرُدُّ عَلَى السِّتَةِ رُبْعَهَا ، تَكُنْ سَبْعَةٌ وَنِصْفًا ^(٣) ، تَعْدِلُ شَيْئًا ، فَالْشَيْءُ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ، وَنِصْفُ الشَّيْءِ ثَلَاثَةٌ وَنِصْفٌ وَرُبْعٌ ، وَبَقِيَّةُ الْمَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ ، ثُلُثُهَا سِتَّةٌ وَرُبْعٌ ، لِلدَّيْنِ خُمْسُهَا أَحَدٌ وَرُبْعٌ ، إِذَا ضُمَّتْ إِلَيْهِ تِمَّتَهُ ، كَمَلْ خَمْسَةً ، وَلِلْوَاكِبِ اثْنَانِ وَنِصْفٌ ، يَكْمُلُ بِتِمَّتِهِ ، وَلِلصَّدَقَةِ اثْنَانِ وَنِصْفٌ . وَفِي عَمَلِهَا طَرِيقٌ آخَرٌ ، وَهُوَ أَنْ يُقَسَّمِ الثُّلُثُ بِكَمَالِهِ بَيْنَ الْوَصَايَا الْوَاكِبِ أَخَذَتْهُ مِنَ الْوَرَّةِ وَصَاكِبِ التَّبَرُّعِ بِالْقِسْطِ ، فَقَى الْمَسْأَلَةَ الْأُولَى يَحْصُلُ لِلْوَاكِبِ خَمْسَةٌ ، يَبْقَى لَهُ خَمْسَةٌ ، يَأْخُذُ مِنْ صَاكِبِ التَّبَرُّعِ دِينَارًا ، وَمِنَ الْوَرَّةِ أَرْبَعَةٌ . وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ، حَصَلَ لِلْوَاكِبِ أَرْبَعَةٌ ، وَبَقِيَ لَهُ سِتَّةٌ ، وَحَصَلَ لِلدَّيْنِ دِينَارٌ ، وَبَقِيَ لَهُ ثَلَاثَةٌ ، فَيَأْخُذَانِ مَا بَقِيَ لِهَمَا ، وَذَلِكَ تِسْعَةٌ ، مِنَ الْوَرَّةِ نِصْفُهَا وَثُلُثُهَا ، وَذَلِكَ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ، وَمِنْ صَاكِبِ

الإنصاف

(١) فِي م : « تَصِير » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « نِصْفُهَا » .

التَّبَرُّعِ سُدَّسَهَا دِينَارًا (وَنَصْفًا) ، لِلوَاجِبِ مِنْهَا ثُلُثَاهَا وَلِلدَّيْنِ ثُلُثُهَا .
 فَإِنْ أَوْصَى بِالوَاجِبِ وَأَطْلَقَ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيُبْدَأُ بِإِخْرَاجِهِ قَبْلَ
 التَّبَرُّعَاتِ وَالْمِيرَاثِ ، فَإِنْ كَانَتْ ثُمَّ وَصِيَّةٌ بِتَّبَرُّعٍ ، فَلِصَاحِبِهَا ثُلُثُ الْبَاقِي .
 وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْوَاجِبَ مِنْ
 الثُّلُثِ كَالْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِالثُّلُثِ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْوَاجِبَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَيْسَ فِي وَصِيَّتِهِ مَا يَقْتَضِي تَغْيِيرَهُ ، فَيَنْقَى عَلَى
 مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوصَ بِهِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ إِلَّا بِالثُّلُثِ .
 قُلْنَا : فِي التَّبَرُّعِ ، وَأَمَّا فِي الْوَاجِبَاتِ فَلَا تَنْحَصِرُ فِي الثُّلُثِ ، وَلَا تَتَقَيَّدُ بِهِ .
 فَإِنْ أَوْصَى بِالْوَاجِبِ وَقَرَنَ بِهِ الْوَصِيَّةَ بِتَّبَرُّعٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : حُجُّوْا عَنِّي ،
 وَأَدُّوْا دَيْنِي ، وَتَصَدَّقُوا عَنِّي . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْوَاجِبَ مِنْ
 رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْاِقْتِرَانَ فِي اللَّفْظِ لَا يَدُلُّ عَلَى الْاِقْتِرَانِ فِي الْحُكْمِ وَلَا
 فِي كَيْفِيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ كُلُّوْا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَءَاتُوا حَقَّهُ
 يَوْمَ حَصَادِهِ ﴾ (١) . وَالْأَكْلُ لَا يَجِبُ ، وَالْإِثَاءُ يَجِبُ . وَلِأَنَّهُ هَهُنَا قَدْ
 عَطَفَ غَيْرَ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ، فَكَمَا لَمْ يَسْتَوِيََا فِي الْوُجُوبِ لَا يَلْزَمُ اسْتَوَاؤُهُمَا
 فِي مَحَلِّ الْإِخْرَاجِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ قَرَنَ بِهِ مَا مَخْرَجُهُ مِنَ
 الثُّلُثِ . وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

(١-١) فِي م : « وَنَصْفَهَا » .

(٢) سُورَةُ الْأَنْعَامِ ١٤١ .

بَابُ الْمُوصَى لَهُ

تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ ؛ مِنْ مُسْلِمٍ ،
وَذِمِّيٍّ ، وَمُرْتَدٍّ ، وَخَرَبِيِّ .

بَابُ الْمُوصَى لَهُ

(تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ ؛ مِنْ مُسْلِمٍ ، وَذِمِّيٍّ ،
وَخَرَبِيِّ ، وَمُرْتَدٍّ) أَمَّا صِحَّةُ الْوَصِيَّةِ لِلْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ ، فَلَا نَعْلَمُ فِيهِ
خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنْفِيَّةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا
إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾ ^(١) . هُوَ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ .
وَلَأَنَّ الْهَبَةَ تَصِحُّ لَهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الذِّمِّيِّ
لِلْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّتْ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلذِّمِّيِّ ، فَوَصِيَّةُ الذِّمِّيِّ لِلْمُسْلِمِ
أَوَّلَى . وَحُكْمُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ حُكْمُ وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ فِيمَا ذَكَرْنَا . وَتَصِحُّ
الْوَصِيَّةُ لِلْخَرَبِيِّ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الْحَرْبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،

بَابُ الْمُوصَى لَهُ [١٨٣/٥]

قوله : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ ؛ مِنْ مُسْلِمٍ ، وَذِمِّيٍّ ، وَمُرْتَدٍّ ،
وَخَرَبِيِّ . تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْمُسْلِمِ ، وَالذِّمِّيِّ ، بِلا نِزَاعٍ ، لَكِنْ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا . أَمَّا
غَيْرُ الْمُعَيَّنِ ؛ كَالْيَهُودِ ، وَالنَّصَارَى ، وَنَحْوِهِمْ ، فَلَا تَصِحُّ . صَرَّحَ بِهِ الْحَارِثِيُّ

(١) سورة الأحزاب ٦ .

وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتُلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُواكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾ . الْآيَةُ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُواكُمْ مِنْ دِينِكُمْ ﴾ ^(١) . الْآيَةُ . فَذَلَّ عَلَى أَنَّ مَنْ قَاتَلَنَا لَا يَحِلُّ بَرُّهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَصِحُّ هَبْتُهُ فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالذَّمِّ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُعْطِيَ عُمَرَ حُلَّةً مِنْ حَرِيرٍ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَسَوْنِيهَا وَقَدْ قُلْتُ فِي حُلَّةٍ عُطَارِدٍ مَا قُلْتُ . فَقَالَ : « إِنِّي لَمْ أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَهَا » . فَكَسَاهَا عُمَرُ أَخَا لَهُ مُشْرِكًا بِمَكَّةَ ^(٢) . وَعَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ ، قَالَتْ : أَتْنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، تَعْنِي عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتْنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، أَفَأَصِلُهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ » ^(٣) . وَهَذَانِ فِيهِمَا

وغيره ، وقطع به . وكذا الحزبي ، نص عليه . والمُرْتَدُّ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . أَمَّا الْمُرْتَدُّ ، فَاخْتَارَ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ لَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا . قَالَ الْأَزْجِيُّ فِي « مُنْتَخَبِهِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : تَصِحُّ لِمَنْ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ لِمُرْتَدٍّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

(١) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٩٦/٧ .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٩٦/٧ .

صِلَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ وَبِرُّهُمْ ، وَالْآيَةُ حُجَّةٌ لَنَا فِي مَنْ لَمْ يُقَاتِلْ ، فَأَمَّا الْمُقَاتِلُ
فَإِنَّمَا نُهِيَ عَنْ تَوَلَّيْهِ لَا عَنْ بِرِّهِ وَالْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَإِنْ اخْتَجَّ بِالْمَفْهُومِ ، فَهُوَ
لَا يَرَاهُ حُجَّةً ، ثُمَّ قَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى صِحَّةِ الْهَبَةِ لِلْحَرْبِيِّ ، وَالْوَصِيَّةِ
فِي مَعْنَاهَا .

و « الْفَاتِحِ » . وَاخْتَارَ فِي « الرُّعَايَةِ » ، إِنْ بَقِيَ مِلْكُهُ ، صَحَّ الْإِيصَاءُ لَهُ ، كَالْهَبَةِ
لَهُ ، مُطْلَقًا ، وَإِنْ زَالَ مِلْكُهُ فِي الْحَالِ ، فَلَا . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ عَشْرَةَ » :
فِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى زَوَالِ مِلْكِهِ وَبَقَائِهِ ؛ فَإِنْ قِيلَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ
لَهُ ، وَإِلَّا صَحَّتْ . وَصَحَّ الْحَارِثِيُّ عَدَمَ الْبِنَاءِ . وَأَمَّا الْحَرْبِيُّ ، [٢٦٩/٢] فَقَالَ
بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ لَهُ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمُذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : هَذَا
الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : هَذَا الْأَشْهُرُ ، كَالْهَبَةِ ، إِجْمَاعًا . وَقِيلَ : لَا
تَصِحُّ . وَقَالَ فِي « الْمُتَنَخَّبِ » : تَصِحُّ لِأَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ . نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ . قَالَ
فِي « الرُّعَايَةِ » : وَعَنْهُ ، تَصِحُّ لِلْحَرْبِيِّ فِي دَارِ حَرْبٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالصَّحِيحُ مِنْ
الْقَوْلِ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَّصِفْ بِالْقِتَالِ أَوْ الْمُظَاهَرَةِ ، صَحَّتْ ، وَإِلَّا لَمْ تَصِحَّ .

فَائِدَةٌ : لَا تَصِحُّ لِكَافِرٍ بِمُضْخَفٍ ، وَلَا بَعِيدٍ مُسْلِمٍ . فَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ كَافِرًا ،
وَأَسْلَمَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْعِتْقِ قَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ
أَيْضًا ، إِنْ قِيلَ بِتَوَقُّفِ الْمِلْكِ عَلَى الْقَبُولِ ، وَإِلَّا صَحَّتْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ . قَالَ
فِي « الْمُغْنَى » .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ لِمُرْتَدٍّ . وَتَصِحُّ لِمُكَاتِبِهِ ، ^{المقنع}
وَمُدَبِّرِهِ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٨٣ - مسألة : وَتَصِحُّ لِلْمُرْتَدِّ كَاتِبُ الْهَبَةِ لَهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ
(وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ) لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا يَرِثُ وَلَا
يُورَثُ ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ ، وَلِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ عَنْ مَالِهِ بِرَدِّهِ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ
وَجَمَاعَةٍ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْوَصِيَّةِ .

٢٦٨٤ - مسألة : (وَتَصِحُّ لِمُكَاتِبِهِ ، وَمُدَبِّرِهِ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ) تَصِحُّ
الْوَصِيَّةُ لِلْمُكَاتِبِ ، سَوَاءً كَانَ مُكَاتِبَهُ أَوْ مُكَاتِبَ وَارِثِهِ أَوْ مُكَاتِبَ أَجْنَبِيٍّ ،
سَوَاءً وَصَّى لَهُ بِجُزْءٍ شَائِعٍ أَوْ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ وَرَثَتَهُ لَا يَسْتَحِقُّونَ الْمُكَاتِبَ
وَلَا يَمْلِكُونَ مَالَهُ ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَالَ بِالْعُقُودِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ،
كَالْحُرِّ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْ مُكَاتِبِي بَعْضَ كِتَابَتِهِ - أَوْ - بَعْضَ مَا عَلَيْهِ .
وَضَعُوا مَا شَاءُوا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ نَجْمًا مِنْ نَجُومِهِ . فَلَهُمْ أَنْ يَضَعُوا

الإنصاف

تبيين : أَحَدُهُمَا ، قَوْلُهُ : وَتَصِحُّ لِمُكَاتِبِهِ ، وَمُدَبِّرِهِ . هَذَا بِلَا زِعَاعٍ ، لَكِنْ لَوْ
ضَاقَ الثَّلَاثُ عَنِ الْمُدَبِّرِ ، وَعَنْ وَصِيَّتِهِ ، بُدِيَ بِنَفْسِهِ ، فَيُقَدَّمُ عَتَقُهُ عَلَى وَصِيَّتِهِ .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ،
وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَعْتَقُ بَعْضُهُ ، وَيَمْلِكُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ
مَا عَتَقَ مِنْهُ .

الثَّانِي ، قَوْلُهُ : وَتَصِحُّ لِأُمِّ وَلَدِهِ . بِلَا زِعَاعٍ . كَوَصِيَّتِهِ ، أَنَّ ثَلَاثَ قَرَبَاتِهِ^(١)

(١) كَذَا فِي النسخ . وَفِي الْمَبْدَعِ : « فَرَسُهُ » ، انظر المبدع ٣٤/٦ .

أَيُّ نَجْمٍ شَاعُوا ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ نُجُومُهُ مُتَّفِقَةً أَوْ مُخْتَلِفَةً ، لَتَنَاقُلِ
 [١٨٣/٥ ظ] اللَّفْظُ لَهُ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَيُّ نَجْمٍ شَاءَ . رَجَعَ إِلَى
 مَشِيئَتِهِ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَهُ جَعَلَ الْمَشِيئَةَ إِلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْبَرَ^(١)
 نُجُومِهِ . وَضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَهَا مَالًا ؛ لِأَنَّهُ أَكْبَرُهَا قَدْرًا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا
 عَنْهُ أَكْثَرَ نُجُومِهِ . وَضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِهَا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الشَّيْءِ يَزِيدُ
 عَلَى نِصْفِهِ . فَإِنْ كَانَتْ نُجُومُهُ خَمْسَةً ، وَضَعُوا ثَلَاثَةً ، وَإِنْ كَانَتْ سِتَّةً ،
 وَضَعُوا أَرْبَعَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهَا أَكْثَرَهَا مَالًا . فَإِنْ كَانَتْ
 نُجُومُهُ سَوَاءً ، تَعَيَّنَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نُجُومِهِ .
 وَلَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا وَسْطٌ وَاحِدٌ ، تَعَيَّنَ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ نُجُومُهُ مُتَسَاوِيَةَ الْقَدْرِ
 وَالْأَجْلِ ، وَعَدَدُهَا مُفْرَدٌ ، فَيَتَعَيَّنُ الْأَوْسَطُ فِي الْعَدَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ خَمْسَةً ،
 تَعَيَّنَ الثَّلَاثُ ، وَإِنْ كَانَتْ سَبْعَةً ، فَالرَّابِعُ ، فَإِنْ كَانَ عَدَدُهَا مُزْدَوِجًا وَهِيَ
 مُخْتَلِفَةُ الْمِقْدَارِ ، فَبَعْضُهَا مِائَةٌ ، وَبَعْضُهَا مِائَتَانِ ، وَبَعْضُهَا ثَلَاثُمِائَةٍ ،
 فَأَوْسَطُهَا الْمِائَتَانِ فَيَتَعَيَّنُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَسَاوِيَةَ الْقَدْرِ مُخْتَلِفَةَ الْأَجْلِ ، مِثْلَ
 أَنْ يَكُونَ اثْنَانِ إِلَى شَهْرٍ^(٢) ، وَوَاحِدٌ إِلَى شَهْرَيْنِ ، وَوَاحِدٌ إِلَى ثَلَاثَةِ
 أَشْهُرٍ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِي الَّذِي إِلَى شَهْرَيْنِ . وَإِنْ اتَّفَقَتْ هَذِهِ الْمَعَانِي فِي

الإصناف

وَقَفَّ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ عَلَى وَلَدِهَا . نَقَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى .

فَائِدَةٌ : لَوْ شَرَطَ عَدَمَ تَزْوِيجِهَا ، فَلَمْ تَتَزَوَّجْ ، وَأَخَذَتِ الْوَصِيَّةُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ ،
 فَقِيلَ : تَبْطُلُ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، بَعْدَ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : وَإِذَا وَصَّى

(١) فِي م : « أَكْثَرُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « شَهْرٌ » .

وَاحِدٍ ، تَعَيَّنَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا أَوْسَطُ فِي الْقَدْرِ ، وَأَوْسَطُ فِي الْأَجَلِ ، وَأَوْسَطُ فِي الْعَدَدِ ، يُخَالِفُ بَعْضُهَا بَعْضًا ، رُجِعَ إِلَى قَوْلِ الْوَرِثَةِ . وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْوَرِثَةُ وَالْمَكَاتِبُ فِي إِرَادَةِ الْمُوصِي مِنْهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرِثَةِ مَعَ أَيْمَانِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ مَا أَرَادَ . وَمَتَى كَانَ الْعَدَدُ وَتَرَا ، فَأَوْسَطُهُ وَاحِدٌ . وَإِنْ كَانَ شَفْعًا ، كَأَرْبَعَةٍ ، فَأَوْسَطُهُ اثْنَانِ . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِأَوْسَطِ نَجْوِمِهِ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا يَخِفُّ - أَوْ - مَا يَثْقُلُ - أَوْ - مَا يَكْثُرُ . رُجِعَ إِلَى تَقْدِيرِ الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَخِفُّ إِلَى جَنْبِ^(١) مَا هُوَ أَثْقَلُ مِنْهُ ، وَيَثْقُلُ إِلَى جَنْبِ^(٢) مَا هُوَ أَخَفُّ مِنْهُ ، كَمَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا أَقْرَبَ بِمَالٍ عَظِيمٍ ، أَوْ كَثِيرٍ ، أَوْ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَفِيفٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ . وَضَعَ عَنْهُ النِّصْفُ ، وَأَدْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَمِثْلَ نِصْفِهِ . فَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ وَأَدْنَى زِيَادَةٍ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ . فَذَلِكَ الْكِتَابَةُ كُلُّهَا وَزِيَادَةُ عَلَيْهَا ، فَيَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ وَيُطْلَقُ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِعَدَمِ مَحَلِّهَا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ . فَشَاءَ وَضَعَ كُلُّ مَا عَلَيْهِ ، وَضَعَ ؛ لِتَنَاقُلِهِ اللَّفْظَ . فَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . لَمْ يَضَعُوا عَنْهُ الْكُلَّ ؛ لِأَنَّ « مِنْ » لِلتَّبَعِيضِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ .

لِعَبْدِهِ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ . قَالَ فِي « بَدَائِعِ الْفَوَائِدِ » ، قَبْلَ آخِرِهِ بِقَرِيبٍ مِنْ كُرَّاسَيْنِ : قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ : وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا مَالًا ، يَعْنِي إِلَى زَوْجَتِهِ ، عَلَى أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ

(١) م : (: ح) .

٢٦٨٥ - مسألة : وتصح الوصية لمُدبره ؛ لأنه يصير حُرّاً حين لزوم الوصية ، فصَحَّتِ الوصية له ، كأمِّ الولد . فإن [١٨٤/٥] لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعاً ، قُدِّمَ عِتْقُهُ على الوصية ؛ لأنه أنفع له . وقال القاضي : يَغْتَقُ بعضه ، وَيَمْلِكُ من الوصية بقدر ما عَتَقَ منه . ولنا ، أنه وَصَّى لعبدِهِ وصيةً صحيحةً ، فَيُقَدِّمُ عِتْقُهُ على ما يَحْصُلُ له من المال ، كما لو وَصَّى لعبدِهِ القِنُّ بمُشاعٍ من ماله .

٢٦٨٦ - مسألة : وتصح الوصية لأمِّ ولده ؛ لأنها حُرّة حين لزوم الوصية . وقد رُوِيَ^(١) عن عُمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنه أَوْصَى لأُمَّهَاتِ أولاده بأربعةِ آلافٍ أربعةِ آلافٍ . رواه سعيد^(٢) . وروى ذلك عن عمران بن حصين . وبه قال ميمون بن مهران ، والزُّهري ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق .

بعد موته ، فَتَزَوَّجَتْ ، تَرُدُّ المَالَ إلى وَرَثَتِهِ . قال في « الفروع » ، في بابِ الشُّروطِ في النِّكاحِ : وإنْ أَعْطَتْهُ مَالاً على أنْ لَا يَتَزَوَّجَ عليها ، رَدُّهُ إذا تَزَوَّجَ ، ولو دَفَعَ إليها مَالاً على أنْ لَا تَتَزَوَّجَ بعدَ موته ، فَتَزَوَّجَتْ ، رَدُّهُ إلى وَرَثَتِهِ . نَقَلَهُ أبو الحارث . انتهى . فَمِيقَاسُ هَذَا النِّصِّ ، أنْ أُمُّ وَلَدِهِ تَرُدُّ ما أَخَذَتْ مِنَ الوَصِيَّةِ إذا تَزَوَّجَتْ ، فَتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ بِرَدِّهَا . وهو ظَاهِرٌ ما اخْتَارَهُ الحارثِيُّ . وقيل : لَا تَبْطُلُ ، كَوَصِيَّتِهِ يَغْتَقِ أُمُّهُ على أنْ لَا تَتَزَوَّجَ ، فَمَاتَ ، وَقَالَتْ : لَا أَتَزَوَّجُ . عَتَقْتُ ، فإذا تَزَوَّجَتْ ،

(١) بعده في م : « ذلك » .

(٢) في : باب وصية الصبي ، من كتاب الوصايا . السنن ١/٢٢٨ . دون قوله : « أربعة آلاف » . كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أوصى لأُمَّهَاتِ أولاده ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٢/٤٢٣ .

وَتَصِحُّ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ . فَإِذَا قَبِلَهَا ، فَهِيَ لِسَيِّدِهِ .

المفنع

الشرح الكبير

٢٦٨٧ - مسألة : (وَتَصِحُّ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ) وَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ ، وَالْقَبُولُ مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مُضَافًا إِلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ وَهَبَهُ شَيْئًا . فَإِذَا قَبِلَ ، تَبَيَّنَتْ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، وَكَسْبُ الْعَبْدِ لِلْسَيِّدِ . وَلَا يَفْتَقِرُ فِي الْقَبُولِ إِلَى إِذْنِ السَيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ كَسْبٌ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالْاِخْتِطَابِ . وَهَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلِأَصْحَابِهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السَيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ الْعَبْدِ ، فَهُوَ كَيْبَعُهُ وَشِرَائِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَحْصِيلُ مَالٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِهِ ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَتَحْصِيلِ الْمُبَاحِ .

لَمْ يَنْطَلِ عَتَقُهَا قَوْلًا وَاحِدًا ، عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَحْتَمِلُ الرَّدُّ إِلَى الرَّقِّ . وَهُوَ الْأَظْهَرُ ، وَنَصَرَهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » .

قَوْلُهُ : وَتَصِحُّ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِقَبْلِ زَمَنٍ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ .

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُسْتَنْتَى مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، مَنْ أُطْلِقَ ، الْوَصِيَّةُ لِعَبْدٍ وَارِثِهِ وَقَاتِلِهِ ، فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ لَهَا ، مَا لَمْ يَصِرْ حُرًّا وَقَدْ نَقَلَ الْمَلِكُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ وَاضِحٌ . الثَّانِي ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، صِحَّةُ الْوَصِيَّةِ لَهُ ، سِوَاءَ قُلْنَا : يَمْلِكُ . أَوْ : لَا يَمْلِكُ . وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ الزَّائِغُونِيِّ فِي « الْوَاضِحِ » ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَالَّذِي قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَّا إِذَا قُلْنَا : يَمْلِكُ . فَقَالَ : وَتَصِحُّ لِعَبْدٍ إِنْ مَلَكَ .

فصل : وإن وصَّى لعبدٍ وارثه ، فهي كالوصية لوارثه ، تقفُ على إجازة الورثة . وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة . وقال مالك : إن كان يسيراً ، جاز ؛ لأنَّ العبدَ يملك ، وإنما لسيده أخذهُ من يده ، فإذا أوصى له بشيء يسير ، علم أنه قصد بذلك العبدَ دون سيده . ولنا ، أنها وصية لعبدٍ وارثه ، أشبه الوصية بالكثير ، وما ذكره من ملك العبد ممنوع لا اعتبار به ، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذهُ ، فهو كالكثير .

فصل : وإذا وصَّى بعقبي أمته على أن لا تزوج ، ثم مات ، فقالت : لا أتزوج . عتقت . فإن تزوجت بعد ذلك لم يطل عتقها . وهذا مذهب الأوزاعي ، والليث ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ؛ لأنَّ العتق إذا وقع لم يمكن رفعه . فإن وصَّى لأمٍّ ولده بألفٍ على أن لا تزوج ،

وتقدم التبيية على ذلك في كتاب الزكاة ، في فوائد العبد ، هل يملك بالتملك ؟ الإيناف قوله : فإن قبلها ، فهي لسيده . مراده ، إذا لم يكن حراً وقت موت الموصى . فإن كان حراً وقت موته ، فهي له . وهو واضح ، وإن عتق بعد الموت وقبل القبول ، ففيه الخلاف المتقدم في الفوائد المتقدمة ، في الباب الذي قبله . وإن لم يعتق ، فهي لسيده . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : ويتخرج ، أنها للعبد . ثم قال : وبالجمله فاختصاص العبد أظهر . وقال ابن رجب : المال للسيده . نص عليه في رواية حنبل . وذكره القاضي وغيره . وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك السيده .

فائدة : لو قبل السيده لنفسه ، لم يصح . جزم به في « الترغيب » . ولا يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده . على الصحيح من المذهب ، نص عليه في الهبة ، وعليه

وَتَصِحُّ لِعَبْدِهِ بِمُشَاعٍ ؛ كَثْلَيْهِ . فَإِذَا وَصَّى لَهُ بِثُلَاثِهِ ، عَتَقَ الْمُقَنَّعَ
وَأَخَذَ الثُّلُثَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلُثِ .

الشرح الكبير

أَوْ عَلَى أَنْ تَبَيَّنَ مَعَ وَلَدِهِ ، فَفَعَلَتْ وَأَخَذَتْ الْآلْفَ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ ، أَوْ تَرَكَتْ
وَلَدَهُ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ وَصِيَّتُهَا ؛ لِأَنَّهَا فَاتِ الشَّرْطِ ، فَفَاتَتْ
الْوَصِيَّةُ ، وَفَارَقَ الْعِتْقَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رَفْعُهُ . وَالثَّانِي ، لَا تَبْطُلُ وَصِيَّتُهَا .
وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهَا صَحَّتْ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِمُخَالَفَةِ مَا
شَرَطَ عَلَيْهَا ، كَالْأُولَى .

٢٦٨٨ - مسألة : (وَتَصِحُّ لِعَبْدِهِ [١٨٤/٥ ظ] بِمُشَاعٍ ؛ كَثْلَيْهِ)
فَإِنْ خَرَجَ الْعَبْدُ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، عَتَقَ وَاسْتَحَقَّ بَاقِيَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ
الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو
حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : إِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، سَعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ .
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، إِلَّا أَنْ يُوصِيَ بَعْتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى ^(١)

الإنصاف

جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : بَلَى . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْأَنْتِصَارِ » .
قَوْلُهُ : وَتَصِحُّ لِعَبْدِهِ بِمُشَاعٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقُطِعَ بِهِ
كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَعَنْهُ ، لَا تَصِحُّ لِقِنْ زَمَنِ الْوَصِيَّةِ . كَمَا تَقَدَّمَ . وَوَجَّهَ فِي « الْفُرُوعِ » ،
فِي صَحِيحَةِ عَتَقِهِ وَوَصِيَّتِهِ لِعَبْدِهِ بِمُشَاعٍ ، رِوَايَتَيْنِ ، مِنْ قَوْلِهِ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ خُرٌّ بَعْدَ
مَوْتِي بِشَهْرٍ . فِي بَابِ الْمُدَبَّرِ .

فَائِدَتَانِ ؛ الْأُولَى ، لَوْ وَصَّى لَهُ بِرُبْعِ مَالِهِ ، وَقِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَهُ سِوَاهُ ثَمَانِمِائَةٍ ،
عَتَقَ ، وَأَخَذَ مِائَةً وَخَمْسَةً وَعِشْرِينَ . هَذَا الصَّحِيحُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُعْطَى مِائَتَيْنِ

(١) بعده في الأصل : « بَعْتَقَهُ » .

المقنع وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ، أَوْ بِمِائَةٍ ، لَمْ تَصِحَّ . وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ .

الشرح الكبير لِمَالٍ يَصِيرُ لِلوَرِثَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجُزْءَ الشَّائِعَ يَتَنَاوَلُ نَفْسَهُ أَوْ بَعْضَهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الثَّلَاثِ الشَّائِعِ ، وَالْوَصِيَّةُ لَهُ بِنَفْسِهِ تَصِحُّ وَيَعْتَقُ ، وَمَا فَضَّلَ اسْتَحَقَّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا ، فَمَلَكَ الوَصِيَّةُ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ : أُعْتِقُوا عَبْدِي مِنْ ثُلَاثِي ، وَأَعْطُوهُ مَا فَضَّلَ مِنْهُ . وَفَارَقَ مَا إِذَا وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ شَيْئًا مِنْهُ ، عَلَى أَنَّ لَنَا فِي الْأَصْلِ الْمَقِيسَ عَلَيْهِ مَنْعًا .

٢٦٨٩ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ) كَتُوبٍ أَوْ دَارٍ (أَوْ مِائَةٍ ، لَمْ تَصِحَّ) الوَصِيَّةُ فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ ، مِنْهُمْ الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ (أَنَّهَا تَصِحُّ) وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ : إِنْ شَاءَ الْوَرِثَةُ أَجَازُوا ، وَإِنْ شَاءُوا رَدُّوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَبْدَ يَصِيرُ مَلَكًا لِلوَرِثَةِ ، فَمَا وَصَّى بِهِ لَهُ فَهُوَ لَهُمْ ، فَكَأَنَّهُ أَوْصَى لَوَرِثَتِهِ بِمَا يَرِثُونَهُ ، فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا وَصَّى لَهُ بِمُشَاعٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

الإنصاف تَكْمِيلًا ، لِعَنْقِهِ بِالسَّرَايَةِ مِنْ تَمَامِ الثَّلَاثِ . قَالَ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقُ رُبْعَهُ ، وَيَرِثَ بَقِيَّتَهُ . وَيَحْتَمِلُ بَطْلَانُ [٢٦٩ / ٢ ظ] الوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا لِسَيِّدِهِ الْوَارِثِ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ لِلْعَبْدِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِرَقَبَتِهِ ، وَيَعْتَقُ بِقَبُولِ ذَلِكَ ، إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ، أَوْ بِمِائَةٍ ، لَمْ تَصِحَّ . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي

« الفروع » وغيره . وصححه المصنّف ، والشارح ، وغيرهما . قال الزركشي : هذا المشهور من الروايات . قال ابن رجب : أشهر الروايتين عدم الصّحة . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . بل عليه الأصحاب . وحكى عنه أنها تصحّ . وصرّح بهذه الرواية ابن أبي موسى ، ومن بعده . قال الحارثي : وهو المنصوص . فعلها ، يشتري من الوصية ويعتق ، وما بقي فهو له . جزم به في « الكافي » وغيره . وقدمه في « الرعاية » وغيرها . وقيل : يُعطى ثلث المعين إن خرجا معه من الثلث . فإن باعه الورثة بعد ذلك ، فالمائة لهم ، إن لم يشتريها المبتاع . قاله جماعة من الأصحاب . قال في « الفروع » : إذا وصّى له بمعين ، فعنه ، كإله . وعنه ، يشتري ، ويعتق . وكونه كإله ، قطع به ابن أبي موسى .

تنبيه : من الأصحاب من بنى الروايتين هنا على أن العبد ، هل يملك ، أولا ؟ فإن قلنا : يملك . صحّت ، وإلا فلا . وهي طريقة ابن أبي موسى ، والشيрази ، وابن عقيل ، وغيرهم . وأشار إلى ذلك الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية صالح . ومنهم من حمل الصّحة على أن الوصية القدر المعين ، أو المقدّر من التركة لا بعينه ، فيعود إلى الجزء المشاع . قال ابن رجب في « فوائده » : وهو بعيد جدا . وتقدم ذلك في كتاب الزكاة ، في فوائد العبد ، هل يملك بالتّملك ، أم لا ؟

المفنع وَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا حِينَ الْوَصِيَّةِ ،
بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَقَلِّ [١٦٣ ط] مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ
زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطُوهَا ، أَوْ لِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ
كَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٠ - مسألة : (وَتَصِحُّ) الوصية (لِلْحَمْلِ) إذا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ
مُوجُودًا حِينَ الوصية ، بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ
زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطُوهَا ، أَوْ لِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فِي
أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ (وَفِي الْآخِرِ ، لِأَقَلِّ مِنْ سَتَتَيْنِ . لَا نَعْلَمُ فِي صِحَّةِ الوصيةِ
لِلْحَمْلِ خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الوصيةَ جَرَتْ مَجْرَى المِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ
كَوْنُهَا انْتِقَالَ المَالِ مِنَ الْإِنْسَانِ بَعْدَ مَوْتِهِ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ،
كَانْتَقَالِهِ إِلَى وَارِثِهِ ، وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى المِيرَاثَ وَصِيَّةً بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ :
﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١) . وَقَالَ
سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ
يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ﴾ ^(٢) . وَالْحَمْلُ يَرِثُ ،

الإنصاف

قوله : وَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ ، إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ مُوجُودًا حِينَ الْوَصِيَّةِ . هَذَا بِلَا
نِزَاعٍ ، لَكِنَّ هَلِ الْوَصِيَّةُ لَهُ تُعَلَّقُ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا ؟ وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَابْنِ

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

الشرح الكبير

فَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لَهُ ، وَلَأَنَّ الوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مِنَ المِيرَاثِ ؛ لِأَنَّهَا تَصِحُّ لِلْمُخَالَفِ فِي الدِّينِ ، وَالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ المِيرَاثِ ، فَإِذَا وَرِثَ الحَمْلُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ أَوْلَى ، وَلَأَنَّ الوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِخَطَرٍ وَغَرَرٍ ، فَصَحَّتْ لِلْحَمْلِ ، كَالْعِتْقِ . فَإِنْ انفَصَلَ الحَمْلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ حَيًّا حِينَ الوَصِيَّةِ ، فَلَا تَثْبُتُ لَهُ الوَصِيَّةُ وَالمِيرَاثُ بِالشُّكِّ .

الإنصاف

عَقِيلٌ ، فِي بَعْضِ كَلَامِهِ ، أَوْ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ مِنْ حِينَ مَوْتِ^(١) المُوَصَّى وَقَبُولِ الوَلِيِّ لَهُ ؟ . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا ، فِي بَعْضِ كَلَامِهِ ، فِيهِ وَجْهَانِ . وَصَرَّحَ أَبُو المَعَالِي ابْنُ مُنَجَّى بِالثَّانِي ، وَقَالَ : يَنْعَقِدُ الحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ حِينَ المِلْكِ إِذَا كَانَ مَالًا زَكَوِيًّا ، وَكَذَلِكَ فِي المَمْلُوكِ بِالْإِزْثِ . وَحَكَّى وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لَا يَجْرِي فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ ، حَتَّى يُوَضَّعَ ، لِلتَّرَدُّدِ فِي كَوْنِهِ حَيًّا مَالِكًا كَالْمُكَاتَبِ . قَالَ فِي « القَوَاعِدِ » : وَلَا يُعْرَفُ هَذَا التَّفْرِيعُ فِي المَذْهَبِ .

قوله : بَأَن تَضَعَهُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، أَوْ سَيِّدٍ يَطُوهَا ، أَوْ لِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الِوَجْهَيْنِ . يَعْنِي ، إِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ زَوْجٍ ، وَلَا سَيِّدٍ يَطُوهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « المَذْهَبِ » ، وَ « المُسْتَوْعِبِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الفُرُوعِ » ، وَ « الفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لَهُ إِذَا وَضَعْتَهُ لِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ بِالشَّرْطِ الْمُتَقَدِّمِ . وَهُوَ المَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : وَتَصِحُّ لِحَمْلٍ تَحَقَّقَ وَجُودُهُ قَبْلَهَا . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ

(١) سقط من : ط .

[١٨٥/٥] وسواء مات لعارض ؛ من ضرب البطن ، أو «الدواء شربته»^(١) ، أو غيره ؛ لما بيننا من أنه لا يرث . وإن وضعت حياً ، صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية ، بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر ، إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها ، فإننا نعلم وجوده حين الوصية ، فإن أتت به لأكثر منها ، لم تصح الوصية ؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية . وإن كانت بائناً فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له ، وإن أتت به لأقل من ذلك ، صحت الوصية ؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ، ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة . وهذا مذهب الشافعي . وإن وصى لحمل امرأة من زوجها

الشرح الكبير

مشكوك في وجوده ، ولا يلزم من لحوق النسب صحة الوصية . ويأتي كلامه في «المحرر» وغيره .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدهما ، قوله : لأقل من ستة أشهر ، إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها . وكذا قال في «المعنى» ، وجماعة . وقال القاضي في «المجرد» ، وابن عقيل في «الفصول» : إن أتت به لدون ستة أشهر ، من حين الوصية ، صحت ، سواء كانت فراشاً أو بائناً ؛ لأننا نتحقق وجوده حال الوصية . قال الحارثي : وهو الصواب ، جزماً . وهو كما قال . الثاني ، قوله : أو لأقل من أربع سنين . هذا بناء منه على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين . وهو المذهب ، على ما يأتي في كلام المصنف مصرحاً به ، في أول كتاب العدة . وأما إذا قلنا : إن أكثر

(١-١) في م : « شرب دواء » .

الشرح الكبير

أَوْ سَيِّدِهَا ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ مَعَ اشْتِرَاطِ إِلْحَاقِهِ بِهِ . فَإِنْ كَانَ مَنْفِيًّا بِاللَّعَانِ ، أَوْ دَعْوَى الْاِسْتِيرَاءِ ، لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لَعَدَمِ نَسْبِهِ الْمُشْتَرَطِ فِي الْوَصِيَّةِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا لِرَوْحٍ أَوْ سَيِّدٍ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَطُوهَا لِكَوْنِهِ غَائِبًا فِي بَلَدٍ بَعِيدٍ ، أَوْ مَرِيضًا مَرَضًا يَمْنَعُ الْوَطْءَ ، أَوْ كَانَ أَسِيرًا أَوْ مَحْبُوسًا ، أَوْ عَلِمَ الْوَرِثَةُ أَنَّهُ لَمْ يَطُهَا ، أَوْ أَقْرَأُوا بِذَلِكَ ، فَإِنَّ أَصْحَابَنَا لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ هَذِهِ الصُّوَرِ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَ يَطُوهَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَفْتَرِقَا فِي لُحُوقِ النَّسَبِ بِالزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ ، فَكَانَتْ فِي حُكْمٍ مَنِ يَطُوهَا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا مَتَى أَتَتْ بِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، أَوْ لَوْ قَدْ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حَالِ الْوَصِيَّةِ ؛ مِثْلَ أَنْ تَضَعَهُ لِأَقْلٍ مِنْ غَالِبِ مُدَّةِ الْحَمْلِ ،

الإنصاف

مُدَّةُ الْحَمْلِ سَتَانِ . فَبِأَنَّ تَضَعَهُ لِأَقْلٍ مِنْ سَتَيْنِ . وَالشَّارِحُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، جَعَلَ الْوَجْهَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ مَبْنَيْنِ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَكْثَرِ مُدَّةِ الْحَمْلِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ الْخِلَافَ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ وَعَدَمِهَا ، وَعَلَيْهِ شَرَحَ ابْنُ مُنَجَّى . وَهُوَ الصَّوَابُ .

فائدة : قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لِرَوْحٍ أَوْ سَيِّدٍ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَطُوهَا ؛ لِكَوْنِهِ غَائِبًا فِي بَلَدٍ بَعِيدٍ ، أَوْ مَرِيضًا مَرَضًا يَمْنَعُ الْوَطْءَ ، أَوْ كَانَ أَسِيرًا ، أَوْ مَحْبُوسًا ، أَوْ عَلِمَ الْوَرِثَةُ أَنَّهُ لَمْ يَطُهَا ، أَوْ أَقْرَأُوا بِذَلِكَ ، فَإِنَّ أَصْحَابَنَا لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ هَذِهِ الصُّوَرِ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَ يَطُوهَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا مَتَى أَتَتْ بِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، أَوْ وَقَدْ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حَالِ الْوَصِيَّةِ ، مِثْلَ أَنْ تَضَعَهُ لِأَقْلٍ مِنْ غَالِبِ مُدَّةِ الْحَمْلِ ، أَوْ تَكُونَ أُمَارَاتُ الْحَمْلِ ظَاهِرَةً ، أَوْ أَتَتْ بِهِ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٤٥٧/٨ .

أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملاً ، صحت الوصية له ؛ لأنه يثبت له أحكام الحمل في غير هذا الحكم ، وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً ، فينبغي أن تثبت له الوصية ، والحكم بالحقاقه

الشرح الكبير

على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملاً ، صحت الوصية له . انتهى . قلت : وهذا هو الصواب . وجزم به في « الكافي » . قال الرزركشي : جزم [٢٧٠/٢] به في « المغني » . وليس كذلك . وقد تقدم لفظه . قال في « المجرد » : ولا تصح الوصية للحمل ، إلا أن تصعه لدون ستة أشهر من حين الوصية . وقيل : إذا وضعته بعدها ، لزوج أو سيده ، ولم يلحقهما نسبه إلا بتقدير وطء قبل الوصية ، صحت له أيضاً . انتهى . وقال في « الفروع » : فإن أتت به لأكثر من ستة أشهر ، ولا وطء ، فوجهان . ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل . وقال في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفائق » : ولا تصح وصية لحمل إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ وصى له . وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل ، إذا لم يلحق ، فلا تصح الوصية له ، وإن كانت بائناً ، فكذلك . وقيل : لا تصح الوصية ، وإن ولدته بعد أكثر مدة الحمل من حين الفرق ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم يلحقه ، فلا تصح الوصية له . وإن ولدته لأقل من أربع سنين منذ الفرق ، لحقه ، وصحت . وإن وصى لحمل من زوج أو سيده يلحقه ، صحت ، وإن كان منفياً يلعان ، أو بدعوى الاستبراء ، فلا ، وإن كانت فراشاً للزوج أو سيده ، وما يطؤها ؛ لبعد ، أو مرض ، أو أسر ، أو حبس ، لحقه ، وصحت الوصية . وقيل : وكذا إن وطئها . ويحتمل أن يلحقه إن ظننا أنه كان موجوداً حين الوصية . انتهى .

الإيضاح

بالزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ فِي تِلْكَ الصُّوَرِ إِنَّمَا كَانَ اخْتِطَاطًا لِلنَّسَبِ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُ
بِمَجْرَدِ الْاِحْتِمَالِ وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِثْبَاتِ النَّسَبِ بِمُطْلَقِ
الْاِحْتِمَالِ نَفْيُ اسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُحْتَاطُ لِإِبْطَالِ الْوَصِيَّةِ كَمَا يُحْتَاطُ
لِإِثْبَاتِ النَّسَبِ ، فَلَا يَلْزَمُ إِلْحَاقُ مَا لَا يُحْتَاطُ لَهُ بِمَا يُحْتَاطُ لَهُ مَعَ ظُهُورِ
مَا يُثْبِتُهُ وَيُصَحِّحُهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِذَا أَتَتْ بِهِ لَأَكْثَرِ مِنْ سَنَتَيْنِ إِذَا
كَانَتْ بَاطِلًا ، لَا تُثَبَّتُ لَهُ الْوَصِيَّةُ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ أَكْثَرَ مُدَّةِ الْحَمْلِ سَنَتَانِ .

تنبيه : قَوْلُ الْمُصَنِّفِ : لَأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَلَأَقْلَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَكَذَا
قَالَ الْأَصْحَابُ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : وَلَمْ يَذْكُرِ الْمُصَنِّفُ بَأَنَّ تَضَعَهُ
لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ ، وَلَابَدٌ مِنْهَا ؛ فَإِنَّهَا إِذَا وَضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ
لِأَرْبَعِ سِنِينَ ، عَلِمَ أَيْضًا أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا ؛ لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يُوَلَّدَ وَلَدٌ لَأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ
أَشْهُرٍ . انْتَهَى . وَتَبَعَ فِي ذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَغْنَى » . وَالصَّوَابُ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ
هَذَا وَالْأَصْحَابُ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : انْعَكَسَ عَلَى ابْنِ مُنْجَى الْأَمْرُ .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ وَصَّى لِحَمْلِ امْرَأَةٍ ، فَوَلَدَتْ ذَكَرًا وَأُنْثَى ، تَسَاوَا فِي
ذَلِكَ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ ، فَتَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي أَوَّلِ بَابِ الْمُوصَى
بِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكَ ذَكَرٌ ، فَلَهُ كَذَا ، « وَإِنْ كَانَ أُنْثَى ، فَكَذَا .
فَكَانَ فِيهِ ذَكَرٌ وَأُنْثَى ، فَلَهُمَا مَا شَرَطَ . وَلَوْ كَانَ قَالَ : إِنْ كَانَ مَا فِي بَطْنِكَ ذَكَرٌ ،
فَلَهُ كَذَا ^(١) ، وَإِنْ كَانَ مَا فِي بَطْنِكَ أُنْثَى ، فَلَهُ كَذَا . فَكَانَ فِيهِ ذَكَرٌ وَأُنْثَى ، فَلَا شَيْءَ
لَهُمَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَإِنْ كَانَ خُنْثَى ، فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فَقَالَ فِي
« الْكَافِي » : لَهُ مَا لِلأُنْثَى حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ وَصَّى لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ ، لَمْ تَصِحَّ .

الشرح الكبير

٢٦٩١ - مسألة : (وإن [١٨٥/٥ ط] وَصَّى لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ ، لَمْ تَصِحَّ) وقال بعض أصحاب الشافعي : تَصِحُّ ، كما تَصِحُّ الوصية بما تَحْمِلُ هذه الجارية . ولنا ، أَنَّ الوصية تَمْلِكُ ، فلا تَصِحُّ للمَعْدُومِ ، بخلافِ الْمُوصَى به ، فَإِنَّهُ يُمْلِكُ ، فلم يُعْتَبَرْ وَجُودُهُ ، ولأنَّ الوصية جَرَتْ مَجْرَى المِيراثِ ، ولو مات إنسانٌ لم يَرِثْهُ مِنَ الحَمْلِ إِلَّا مَنْ كَانَ مَوْجُودًا ، كذلك الوصية . ولو تَجَدَّدَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَأَنْ يَسْقُطَ فِي شَبَكَّتِهِ صَيِّدٌ ، لَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ ، ولذلك قَضَيْنَا بِثُبُوتِ الإِرْثِ فِي دِيَّتِهِ ، وهى تَتَجَدَّدُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فجازَ أَنْ تُمْلِكَ بالوصية . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَخْدُثُ مِنْ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ فُلَانٍ ، صَحَّ ، فالوصية أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا تَصِحُّ بِالْمَعْدُومِ وَالْمَجْهُولِ ، بخلافِ الوقفِ . قلنا : الوصية أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيراثِ ، ولا يَحْصُلُ المِيراثُ إِلَّا لِمَوْجُودٍ ، فكذا الوصية ، والوقف يُرَادُ لِلدَّوامِ ، فَمِنْ ضَرُورَتِهِ إِبْطَائُهُ لِلْمَعْدُومِ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ ، لَمْ تَصِحَّ . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : تَصِحُّ . وجزم ابن رزين بصحة الوصية للمجهول والمعدوم ، وصحتها بهما أيضًا . قال في « القواعد » : لا تَصِحُّ لِمَعْدُومٍ بِالْأَصَالَةِ ، كَمَنْ تَحْمِلُ هذه الجارية . صرح به القاضى ، وابن عَقِيلٍ . وفي دُخُولِ الْمُتَجَدِّدِ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ، وقبل موتِ الْمُوصَى ، روايتان . وذكر القاضى ، في مَنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ ، وله مُدَبَّرُونَ ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادٍ^(١) ، أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُمْ مَوَالٍ^(٢) حَالٌ

(١) سقط من : الأصل .

فصل : وإذا وصَّى لحَمْلٍ امرأةٍ ، فولدت ذَكَراً وأنثى ، فالوصيةُ لهما بالسوية ؛ لأنَّ ذلك عطيةٌ وهبةٌ ، فأشبه ما لو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما . وإن فاضلَ بينهما ، فهو على ما قال ، كالوقوف . وإن قال : إن كان في بطنها غلامٌ فله ديناران ، وإن كانت فيه جاريةٌ فلها دينارٌ . فولدت غلاماً وجاريةً ، فلكل واحدٍ ^(١) منهما ما وصَّى له به ؛ لأنَّ الشرطَ وُجد فيه . وإن ولدت أحدهما مُنفرداً ، فله وصيته . ولو قال : إن كان حملها - أو - إن كان ما في بطنها غلاماً فله ديناران ، وإن كانت جاريةً فلها دينارٌ . فولدت أحدهما مُنفرداً ، فله وصيته . وإن ولدت غلاماً وجاريةً ، فلا شيء لهما ؛ لأنَّ أحدهما ليس هو جميع الحمل ، ولا كلُّ ما في البطن . وبه قال أصحابُ الرَّأي ، والشافعيُّ ، وأبو ثورٍ .

الموت ، والوصيةُ تُعتبر بحال الموت . وخرَّجه الشيخُ تقيُّ الدين ، رحمه الله ، على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت ، قال : بل هذا مُتجددٌ بعد الموت ، فمَنعهُ أولى . وأفتى الشيخُ تقيُّ الدين أيضاً ، بدخول المَعْدوم في الوصية تبعاً ، كمن وصَّى بَعْلَةً ثَمَرَهُ للفقراء ، إلى أن يحدثَ لولده ولدٌ .

فائدة : لو وصَّى بثُلثه لأحدِ هذين ، أو قال : لجاري . أو : قريبي فلانٍ . باسمٍ مُشتركٍ ، لم تصح الوصيةُ . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، تصحُّ ، كقوله : أعطوا ثُلثي أحدهما . في أصحِّ الوجهين . قال في « القواعد الأصولية » ، فيما إذا قال : لجاري . أو : قريبي فلانٍ . باسمٍ مُشتركٍ : أصحُّ الروايتين عند الأصحاب ، لا تصحُّ ؛ للإيهام . واختار الصحَّة في

(١) سقط من : م .

المتنع

وَإِنْ قَتَلَ الْوَصِيُّ الْمَوْصِيَّ ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ ، وَإِنْ جَرَحَهُ ،
ثُمَّ أَوْصَى لَهُ ، فَمَاتَ مِنَ الْجُرْحِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ ، فِي
ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٢ - مسألة : (وَإِنْ قَتَلَ الْوَصِيُّ الْمَوْصِيَّ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ،
وَإِنْ جَرَحَهُ ، ثُمَّ أَوْصَى لَهُ ، فَمَاتَ مِنَ الْجُرْحِ ، لَمْ تَبْطُلِ ، فِي ظَاهِرِ
كَلَامِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ رِوَايَتَانِ) اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا

الإنصاف

غَيْرِ الْأَوَّلَى ؛ الْقَاضِي ، وَأَبُو بَكْرِ فِي « الشَّافِي » ، وَابْنُ رَجَبٍ . وَتَقَدَّمَ فِي التِّي
قَبْلَهَا كَلَامُ ابْنِ رَزِينَ . وَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ فِي « فِتَاوِيهِ » ، بَعْدَ الصُّحَّةِ فِي الْمَسْأَلَةِ
الْأُولَى . فَعَلَى الْقَوْلِ بِالصُّحَّةِ ، فَقِيلَ : يُعَيِّنُ الْوَرَثَةُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَةِ
الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يُعَيِّنُ بَقْرَعَةَ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » . وَهُوَ
الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « قَوَاعِدِ الْأُصُولِ » . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ
قَالَ : عَبْدِي غَانِمٌ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، وَلَهُ مِائَةٌ . وَلَهُ عَبْدَانِ بِهَذَا الْأِسْمِ ، عَتَقَ أَحَدَهُمَا
بَقْرَعَةَ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ . نَفَلَهُ يَعْقُوبُ ، وَحَنْبَلٌ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، هِيَ لَهُ مِنْ ثُلَاثِهِ .
اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ .

تنبيه : قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : مَحَلُّ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا قَالَ :
لِجَارِي فُلَانٍ . بِاسْمٍ مُشْتَرَكٍ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ قَرِينَةً ، فَإِنْ كَانَ ثُمَّ قَرِينَةً ، أَوْ غَيْرُهَا ،
أَنَّهُ أَرَادَ مَعِينًا مِنْهَا ، وَأَشْكَلَ عَلَيْنَا مَعْرِفَتَهُ ، فَهَنَّا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِغَيْرِ تَرَدُّدٍ ، وَيَخْرُجُ
الْمُسْتَحَقُّ مِنْهَا بِالْقَرَعَةِ . فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ .

قوله : وَإِنْ قَتَلَ الْوَصِيُّ الْمَوْصِيَّ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ
أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ،

في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حامد : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلاً خطأ أفعفا المجرؤ ، فقال أحمد : تعتبر من الثلث . قال : وهذه وصية لقاتل . وهو قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قول الشافعي ؛ لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له ، كالذمي . وقال أبو بكر : لا تصح الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده ، بطل تديره ، والتدير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع [١٨٦/٥] الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنع . وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ،

وغيرهم . [٢٧٠/٢] وحزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال في « القواعد » : بطلت ، رواية واحدة ، على أصح الروايتين . وعنه ، لا تبطل . اختاره ابن حامد . قال الحارثي : اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وابن بكروس ، وغيرهم .

قوله : وإن جرحه ، ثم أوصى له فمات من الجرح ، لم تبطل ، في ظاهر كلامه . وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وابن بكروس ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب « الفائق » ، وغيرهم . « وحزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم ^(١) . وقيل : تبطل . اختاره أبو بكر ، والقاضي . وحزم به ابن أبي موسى .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

صَحَّ ، وإن وَصَّى له قبله ، ثم طَرَأَ الْقَتْلُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، أَبْطَلَهَا ، جَمْعًا بَيْنَ نَصِيِّ أَحْمَدَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ . وهو قولُ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ . وهذا قولُ حَسَنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الْجَرْحِ صَدَرَتْ مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا ، لَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهَا مَا يُبْطِلُهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَ ، فَإِنَّ الْقَتْلَ طَرَأَ عَلَيْهَا فَأَبْطَلَهَا ؛ فَإِنَّهُ يُبْطِلُ مَا هُوَ آكَدُ مِنْهَا . يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ لِكُونِهِ بِالْقَتْلِ اسْتَعْجَلَ الْمِيرَاثَ الَّذِي انْعَقَدَ سَبَبُهُ ، فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ مَنَعُ الْمِيرَاثِ ؛ دَفْعًا لِمَفْسَدَةِ قَتْلِ الْمَوْرُوثَيْنِ ، وَلِذَلِكَ بَطَلَ التَّذْيِيرُ بِالْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَيْهِ أَيْضًا ، وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فِي الْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ رَبُّمَا اسْتَعْجَلَهَا بِقَتْلِهِ . وَفَارَقَ الْقَتْلَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ اسْتِعْجَالَ مَالٍ ، لَعَدَمِ انْعِقَادِ سَبَبِهِ ، وَالْمُوصِي رَاضٍ بِالْوَصِيَّةِ لَهُ بَعْدَ مَا صَدَرَ مِنْهُ فِي حَقِّهِ . وَعَلَى هَذَا ، لَا فَرْقَ بَيْنَ الْخَطَأِ وَالْعَمْدِ (فِي هَذَا) ، كَمَا لَا تَفْتَرِقُ الْحَالُ بِذَلِكَ فِي الْمِيرَاثِ .

قوله : وقال أصحابنا : فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ رِوَايَتَانِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقِيلَ : فِي الْحَالَيْنِ رِوَايَتَانِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَقَالَ جَمَاعَةٌ : فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ رِوَايَتَانِ ، سَوَاءٌ أَوْصَى لَهُ قَبْلَ الْجَرْحِ ، أَوْ بَعْدَهُ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَصِحُّ . اخْتَارَهَا ابْنُ حَامِدٍ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تَصِحُّ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ . (فَقُلْتُ خَصَّ لَنَا فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ الصَّحَّةُ مُطْلَقًا . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَعَدَمُهَا مُطْلَقًا . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ^٢ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

وَأَنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ لِجَمِيعِ
الْأَصْنَافِ ، صَحَّ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقَدْرَ الَّذِي يُعْطَاهُ
مِنَ الزَّكَاةِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٣ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ
لِجَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، صَحَّ) لِأَنَّهُمْ مِنْ أَبْوَابِ الْبِرِّ ، فَصَحَّتْ لَهُمْ ، كغَيْرِهِمْ
(وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقَدْرَ الَّذِي يُعْطَاهُ مِنَ الزَّكَاةِ) قِيَاسًا عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ

الإصناف

يُوصَى لَهُ بَعْدَ الْجُرْحِ ، فَيَصِحُّ ، وَقَبْلَهُ ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
وَيَأْتِي نَظِيرُ ذَلِكَ فِي بَابِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، فِيمَا إِذَا أُبْرَأَ مَنْ قَتَلَهُ مِنَ الدِّيَةِ ، أَوْ
وَصَّى لَهُ بِهَا . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : وَقِيلَ : الْوَصِيَّةُ وَالتَّذْيِيرُ كَالْإِرْثِ . وَيَأْتِي فِي
كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْمُوصَى بِهِ ، إِذَا قُتِلَ وَأُخِذَتِ الدِّيَةُ ، هَلْ تَدْخُلُ فِي
الْوَصِيَّةِ ، أَمْ لَا ؟

فائدة : مِثْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، لَوْ دَبَّرَ عَبْدُهُ ، وَقَتَلَ سَيِّدَهُ (أَوْ جَرَحَهُ^(١)) . خِلَافًا
وَمَذْهَبًا . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : يَنْطُلُ^(٢) تَذْيِيرُ
الْعَبْدِ ، دُونَ الْأَمَةِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَإِنْ جَعَلَ التَّذْيِيرَ عِتْقًا بِصِفَةٍ ،
فَوَجَّهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا . وَيَأْتِي هَذَا آخِرَ التَّذْيِيرِ مُحَرَّرًا .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ لِجَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، صَحَّ ،
وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقَدْرَ الَّذِي يُعْطَاهُ فِي الزَّكَاةِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ
الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » ، فِي كِتَابِ الْوَقْفِ ، فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ : لَا يَجُوزُ إِعْطَاءُ الْفَقِيرِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

المُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّ يُحْمَلُ عَلَى الْمُطْلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمَّا أَطْلَقَ اللَّهُ تَعَالَى إِعْطَاءَهُمْ مِنَ الزَّكَاةِ حُمِلَ عَلَى ذَلِكَ ، كَذَلِكَ هَذَا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَإِذَا وَصَّى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْقُرْآنِ ، فَهَمُ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ الزَّكَاةَ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ لِكُلِّ صِنْفٍ ثَمَنُ الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِثَمَانٍ قَبَائِلَ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزَّكَاةِ - حَيْثُ يَجُوزُ

أَكْثَرُ مِمَّا يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ فِي الْمَنْصُوصِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » وَغَيْرِهِ هُنَا ، وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » هُنَا ، وَقَالَ : وَقِيلَ : يُعْطَى كُلُّ صِنْفٍ ثَمَنًا . وَقِيلَ : يَجُوزُ . فَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، جَوَازَ زِيَادَةِ الْمَسْكِينِ عَلَى خَمْسِينَ ، وَإِنْ مَنَعْنَاهُ مِنْهَا فِي الزَّكَاةِ . ذَكَرُوهُ فِي الْوَقْفِ ، وَهَذَا مِثْلُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ هُنَا : وَهُوَ الْأَقْوَى . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ . وَتَقَدَّمَ أَيْضًا ، أَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، دَخَلَ الْمَسَاكِينُ ، وَكَذَا عَكْسُهُ يَدْخُلُ الْفُقَرَاءُ . وَتَقَدَّمَ هُنَا قَوْلُ بَعْدَمِ الدُّخُولِ . وَحُكْمُ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، حُكْمُ مَا يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ عَلَيْهِمْ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، فَلْيَعَاوَدْ .

فائدة : قَالَ فِي « الْفَاتِحِ » وَغَيْرِهِ : الرُّقَابُ ، وَالْغَارِمُونَ ، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَابْنُ السَّبِيلِ ، مَصَارِفُ الزَّكَاةِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي كِتَابِ الْوَقْفِ . فَيُعْطَى فِي فِدَاءِ الْأَسْرَى لِمَنْ يَفْدِيهِمْ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : أَوْ يُؤْفَى مَا اسْتَدِينَ فِيهِمْ . انْتَهَى . قُلْتُ : أَمَّا إِذَا وَصَّى لِجَمِيعِ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، فَإِنَّهُمْ يُعْطَوْنَ بِأَجْمَعِهِمْ . وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، فَتُعْطَى الْأَصْنَافُ الثَّمَانِيَّةُ . أَغْنَى أَنَّهُمْ أَهْلٌ لِلْإِعْطَاءِ ؛ لَدُخُولِهِمْ فِي كَلَامِهِ . وَحُكْمُ

(١) فِي : الْمَغْنَى / ٨ / ٥٣٧ .

الشرح الكبير

الاقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ - أَنَّ آيَةَ الزَّكَاةِ أُريدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ أُريدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَيَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى وَاحِدٍ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ . وَحُكِيَ هَذَا عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ اثْنَيْنِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ . حَكَاهَا أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ وَأَدَلَّتْهُ فِي الزَّكَاةِ ^(١) . وَلَا يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَّا إِلَى الْمُسْتَحِقِّ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِي الزَّكَاةِ ^(٢) .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ وَخَدَمِهِمْ ، دَخَلَ فِيهِ [١٨٦/٥ ظ] الْمَسَاكِينُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَصَّى لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ فِيهِ ^(٣) الْفُقَرَاءُ ؛ لِأَنَّهُمْ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِي غَيْرِ الزَّكَاةِ ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ الصَّنِفَيْنِ جَمِيعًا ، فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْمُغَايِرَةَ بَيْنَهُمَا . وَيُسْتَحَبُّ تَعْمِيمُ مَنْ أَمَكَنَ مِنْهُمْ ، وَالدَّفْعُ إِلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، وَالْبِدَايَةُ بِأَقَارِبِ الْمُوصِيِّ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الزَّكَاةِ .

الإِنصَافُ

إِعْطَائُهُمْ هُنَا كَالزَّكَاةِ . وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالُوا : يَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى لِكُلِّ صِنْفٍ ثَمَنُ الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لِثَمَانِ قَبَائِلَ . وَفَرَّقُوا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزَّكَاةِ ، حَيْثُ يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَنَّ آيَةَ الزَّكَاةِ أُريدَ فِيهَا بَيَانُ مَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ أُريدَ بِهَا

(١) انظر ما تقدم في ٢٧٤/٧ - ٢٧٨ .

(٢) انظر ما تقدم في ١٧١/٧ - ١٧٣ .

(٣) في م : « فِيهِمْ » .

المقتع وَإِنْ وَصَّى لِكُتُبِ الْقُرْآنِ ، أَوْ الْعِلْمِ ، أَوْ لِمَسْجِدٍ ، أَوْ لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُتَّفَقُ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَإِنْ مَاتَ الْفَرَسُ رُدَّ الْمُوصَى بِهِ أَوْ بَاقِيَهُ إِلَى الْوَرَثَةِ .

٢٦٩٤ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِكُتُبِ الْقُرْآنِ ، أَوْ الْعِلْمِ ، أَوْ لِمَسْجِدٍ ، أَوْ لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُتَّفَقُ عَلَيْهِ ، صَحَّ) لَأَنَّ ذَلِكَ قُرْبَةٌ يَصِحُّ بِذَلِكَ الْمَالِ فِيهِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ (فَإِنْ مَاتَ الْفَرَسُ رُدَّ الْمُوصَى بِهِ أَوْ بَاقِيَهُ إِلَى الْوَرَثَةِ) لِأَنَّهُ عَيَّنَ لِلْوَصِيَّةِ جِهَةً ، فَإِذَا فَاتَتْ عَادَتْ إِلَى الْوَرَثَةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ زَيْدٌ فَيُعْتَقَ ، فَمَاتَ الْعَبْدُ ، أَوْ لَمْ يَبْغِهِ سَيِّدُهُ ، أَوْ تَعَذَّرَ شِرَاؤُهُ . وَإِنْ أَنْفَقَ بَعْضَ الدَّرَاهِمِ ثُمَّ مَاتَ الْفَرَسُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي الْبَاقِي ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ ، فَاشْتَرَى أَحَدَهُمَا وَمَاتَ الْآخَرُ قَبْلَ شِرَائِهِ . قَالَ الْأَثَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ

الشرح الكبير

بَيَانٌ مَنْ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ وَصَّى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ الثَّمَانِيَةِ ، فَلِكُلِّ صِنْفٍ الثَّمَنُ ، وَيَكْفِي مِنْ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ ، وَقِيلَ : بَلْ وَاحِدٌ . وَيُسْتَحَبُّ إِعْطَاءُ مَنْ أُمِكنَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ ، وَتَقْدِيمُ أَقَارِبِ الْمُوصَى ، وَلَا يُعْطَى إِلَّا مُسْتَحِقُّ مَنْ أَهْلُ بَلَدِهِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ جَوَازُ الْأَقْتِصَارِ عَلَى الْبَعْضِ ، كَالزَّكَاةِ . وَالْأَقْوَى ، أَنَّ لِكُلِّ صِنْفٍ ثَمَنًا . قَالَ : وَالْمَذْهَبُ جَوَازُ الْأَقْتِصَارِ عَلَى الشَّخْصِ الْوَاحِدِ مِنَ الصَّنَفِ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، لَكِنْ لَا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُتَّفَقُ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَإِنْ مَاتَ الْفَرَسُ رُدَّ الْمُوصَى بِهِ أَوْ بَاقِيَهُ إِلَى الْوَرَثَةِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . نَصُّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ،

عن رجلٍ أوصى بألفٍ درهمٍ في السَّيْلِ ، أَيْجَعُلُ في الحَجِّ منها ؟ قال : لا ، إِنَّمَا يَعْرِفُ النَّاسُ السَّيْلَ الْعَزْوُ .

فصل : إذا قال : يَخْدُمُ عَبْدِي فُلَانًا ^(١) سَنَةً ، ثم هو حُرٌّ . صَحَّتِ الوصيةُ . فإن قال الموصي له بالخدمةِ : لا أَقْبَلُ الوصيةَ . أو قال : قد وَهَبْتُ الخدمةَ له ^(٢) . لم يَعْتَقُ في الحالِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : إن وَهَبَ الخدمةَ للعبدِ ، عَتَقَ في الحالِ . ولنا ، أَنَّهُ أَوْقَعَ الْعِتْقَ بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ ، فلم يَقْعُ قبله ، كما لو رَدَّ الوصيةَ .

فصل : وإن وصَّى أن يُشْتَرَى عَبْدُ زَيْدٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَيُعْتَقَ ، فلم يَبِعْهُ سَيِّدُهُ ، فَالْخَمْسُمِائَةُ لِلوَرِثَةِ . وكذلك إن اِمْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهِ بِالْخَمْسِمِائَةِ ، أو تَعَذَّرَ شِرَاؤُهُ بِمَوْتِهِ ، أو لَعَجَزَ الثُّلُثُ عَنْ ثَمَنِهِ ، فَالْثَمَنُ لِلوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ الوصيةَ بَطَلَتْ لِتَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِهَا ، فَأُشْبِهَ مَالُ وَصِيِّ لِرَجُلٍ فَمَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أو بَعْدَهُ ولم يَدْعُ وَاِرِثًا . ولا يَلْزَمُ الْوَرِثَةُ شِرَاءُ عَبْدٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الوصيةَ لِمُعَيَّنٍ ، فلا تُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ ، فالباقى للورثة . وقال الثَّوْرِيُّ : يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِرْفَاقَهُ بِالْثَّمَنِ وَمُحَابَاتِهِ ، فَأُشْبِهَ مَالُ قَالٍ : يَبِيعُهُ عَبْدِي بِخَمْسِمِائَةٍ . وَقِيمَتُهُ

وغيرهم . وقَدَّمَهُ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . الإِنصَافُ . وقيل : يُصَرَّفُ إِلَى فَرَسٍ آخَرَ حَيِّسٍ . وهو اِحْتِمَالٌ لِأَيِّ الْخَطَّابِ .

(١) في النسختين : « فُلَان » . وانظر المغنى ٥٧٩/٨ .

(٢) سقط من : م .

أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَكَأَلَوْ وَصَّى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ فَلَانَ بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَهِيَ أَكْثَرُ مِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ فِي الْعِتْقِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ ، رُدَّ مَا فَضَّلَ فِي الْحَجِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَائِهِ بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَكَانَ مَا فَضَّلَ مِنَ الثَّمَنِ رَاجِعًا إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ فِي شِرَائِهِ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ رَجُلٌ بِخَمْسِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ [١٨٧/٥] ثُمَّ إِرْفَاقُ الَّذِي يُحْجُّ بِالْفَضْلَةِ ، وَفِي مَسَائِلِنَا الْمَقْصُودُ الْعِتْقُ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ لغير مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ لِلْحَجِّ مُطْلَقًا ، فَتُصَرَّفُ جَمِيعُهَا فِيهِ ، وَهَهُنَا لِمُعَيَّنٍ فَلَا تَعْدَاهُ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ قَصَدَ إِرْفَاقَ زَيْدٍ وَمُحَابَاتَهُ بِهِ . قُلْنَا : إِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا لَكُونَ الْبَائِعِ صَدِيقَهُ ، أَوْ ذَا حَاجَةٍ ، أَوْ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ الَّذِينَ يُقْصَدُونَ بِهَذَا ، أَوْ كَانَ يَعْلَمُ حُصُولَ الْعَبْدِ بِدُونِ الْخَمْسِمِائَةِ ؛ لِقَلَّةِ قِيَمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى زَيْدٍ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : اذْفَعُوا إِلَيْهِ جَمِيعَهَا وَإِنْ بَذَلَهُ بِدُونِهَا . وَإِنْ عُدِمَتْ هَذِهِ الْقَرَائِنُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَ الْعِتْقَ ، وَقَدْ حَصَلَ ، فَكَانَ الثَّمَنُ عَائِدًا إِلَى الْوَرَثَةِ ، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ فِي حَيَاتِهِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَهَذَا الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ بِأَلْفٍ فَيُعْتَقَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثَلَاثِهِ ، اشْتَرَى عَبْدٌ بِالثَّلَاثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمَأْمُورِ الشَّرَاءَ بِدُونِهِ ،

الشرح الكبير

كالوكيل . ولنا ، أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث ، فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله ، كما لو وصى بعتق عبد فلم يحمله الثلث ، وفارق الوكالة ، فإنه لو وكله في إعتاق عبد لم يملك إعتاق بعضه ، ولو وصى إليه بإعتاق عبد ، أعتق منه ما يحتمله الثلث . فإن حمله الثلث ، فاشتراه وأعتقه ، ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال ، فالوصية باطلة ، ويرد العبد إلى الرق إن كان اشتراه بعين المال ؛ لأننا تبيننا أن الشراء باطل ، لكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير إذنهم ، وإن كان اشتراه في الذمة ، صح الشراء ، ونفذ العتق ، وعلى المشتري غرامة ثمنه ، لا يرجع به على أحد ؛ لأن البائع ما غره ، إنما غره الموصي ، ولا تركة له فيرجع عليها . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ، ويضرب معهم بقدر دينه ؛ لأن الدين غرمه بتعريض الموصي ، فيرجع به عليه ، فإذا كان ميتا لزمه في تركته ، كأرض جنايته .

فصل : وإن وصى بشراء عبد^(١) وأطلق ، أو ببيع عبده وأطلق ، فالوصية باطلة ؛ لأن الوصية لا بد لها من مستحق ، ولا مستحق ههنا . فإن وصى ببيعه بشرط العتق ، صح الوصية ، وبيع كذلك ؛ لأن في البيع ههنا^(٢) نفعا للعبد بالعتق . فإن لم يوجد من يشتريه كذلك ، بطلت الوصية ؛ لتعذرها ، كما لو وصى بشراء عبد يعتق ، فلم يبعه سيده . وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم ، يبع به^(٣) ؛ لأنه قصد إرفاقه

الإنصاف

(١) في النسختين : « عين » . وانظر المغني ٥٢٥/٨ .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ وَصَّى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ صُرِفَ فِي الْقُرْبِ . وَقِيلَ عَنْهُ :
يُصْرَفُ فِي أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ فِي أَقَارِبِهِ ، وَالْمَسَاكِينِ ،
وَالْحَجِّ ، وَالْجِهَادِ . وَعَنْهُ ، فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ .

الشرح الكبير بذلك في الغالب . وإن لم يُسَمَّ [١٨٧/٥ ط] ثَمَنًا ، يَبِيعُ بِقِيَمَتِهِ ، وَتَصِحُّ
الْوَصِيَّةُ ؛ لَكُونَهُ قَصْدُ إِصَالِ الْعَبْدِ الْمُعَيَّنِ إِلَى رَجُلٍ بَعِيْنِهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَتَعَلَّقَ الْعَرَضُ بِإِرْفَاقِ الْعَبْدِ بِإِصَالِهِ إِلَى مَنْ هُوَ مَعْرُوفٌ بِحُسْنِ الْمِلْكِ
وِإِعْتِاقِ الرِّقَابِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِِرْفَاقَ الْمُشْتَرَى لِمَعْنَى يَحْصُلُ لَهُ مِنَ
الْعَبْدِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ بَيْعُهُ لَذَلِكَ الرَّجُلِ ، أَوْ أَبِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِالثَّمَنِ ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ
إِنْ لَمْ يُعَيَّنِ الثَّمَنُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

٢٦٩٥ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ) فَقَالَ شَيْخُنَا :
يُصْرَفُ فِي الْقُرْبِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْعُمُومِ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى عُمُومِهِ ،
وَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُ الْعُمُومِ بِغَيْرِ دَلِيلٍ (وَقِيلَ) عَنْ أَحْمَدَ : (يُصْرَفُ فِي
أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ فِي الْأَقَارِبِ ، وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْحَجِّ ، وَالْجِهَادِ . وَعَنْهُ ،
فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ) لِأَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْأَقَارِبِ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ ،
وَالْمَسَاكِينُ مَصَارِفُ الصَّدَقَاتِ ، وَالزَّكَاةُ وَالْحَجُّ وَالْجِهَادُ مِنْ أَكْبَرِ شَعَائِرِ

الإِنصافُ قوله : (وَإِنْ وَصَّى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ ، صُرِفَ فِي الْقُرْبِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ
الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ [٢٧١/٢ و] فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ،
وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ عَنْهُ : يُصْرَفُ فِي أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ فِي أَقَارِبِهِ ،
وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْحَجِّ ، وَالْجِهَادِ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : وَهِيَ

الإسلام ، وفداء الأسرى من أعظم القربات . وقد نقل المروزي عن أحمد ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر : يُجزأ ثلاثة أجزاء ؛ جزءاً في الجهاد ، وجزءاً يُتصدق به في أقاربه ، وجزءاً في الحج . وقال في رواية أبي داود : الغزو يُبدأ به . وحكى عنه ، أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى . قال شيخنا^(١) : وهذا ، والله أعلم ، ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عموميه ، ولأنه ربما كان غير هذه الجهات أخوج من بعضها وأحق ، فقد تدعو الحاجة إلى تكفين مَيِّت ، وإصلاح طريق ، وإعتاق رَقبة ، وقضاء دين ، وإغاثة ملهوف ، أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج ، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً ، وتعباً كان الله تعالى قد أراحه منه ، من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى ، فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة إليه داعية بغير دليل ، تحكم لا معنى له .

المذهب . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » . وقيد في « الفائق » وغيره الأقارب بالذين لا يرثون . وهو كما قال . وعنه ، فداء الأسرى مكان الحج . ونقل المروزي ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر ، يُجزأ ثلاثة أجزاء ؛ جزءاً في الحج ، وجزءاً في الجهاد ، وجزءاً يُتصدق به في أقاربه . زاد في « التبصرة » ، والمساكين . وعنه ، يُصرف في الجهاد ، والحج ، وفداء الأسرى . قال المصنف ، عن هذه

(١) في : المغنى ٥٤٠/٨ .

فصل : وإن قال : ضَعُّ ثُلْثِي حَيْثُ أَرَاكَ اللَّهُ . فله صَرْفُهُ فِي أَىِّ جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبِ رَأَى وَضَعَهُ فِيهَا ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ صَرْفُهُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْأَفْضَلُ صَرْفُهُ إِلَى فُقَرَاءِ أَقَارِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، فَإِلَى مَحَارِمِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَإِلَى جِيرَانِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجِبُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهُ إِلَى اجْتِهَادِهِ فِيمَا فِيهِ الْحِظُّ ، وَهَذَا أَحْظُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَرَى غَيْرَ هَذَا أَهَمَّ مِنْهُ وَأَصْلَحَ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِالتَّحَكُّمِ . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى

الرُّوَايَاتِ : وَهَذَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، لَيْسَ عَلَى سَبِيلِ الزُّورِ وَالتَّخْدِيدِ ، بَلْ يَجُوزُ صَرْفُهُ فِي الْجِهَاتِ كُلِّهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ لَا يَجِبُ ذَلِكَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَصَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، أَنَّ قَوْلَهُ : ضَعُّ ثُلْثِي حَيْثُ أَرَاكَ اللَّهُ . أَوْ : فِي سَبِيلِ الْبِرِّ وَالْقُرْبَةِ . يَصْرِفُهُ لِفَقِيرٍ وَمُسْكِينٍ وَجُوبًا . قُلْتُ : هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ لِحُكَايَتِهِمُ الْخِلَافَ ، وَإِطْلَاقِهِمْ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، أَفْضَلُ الْقُرْبِ الْعَزْوُ ، فَيَبْدَأُ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ مَا تَقَدَّمَ فِي أَفْضَلِ الْأَعْمَالِ . يَعْنِي الَّذِي حَكَاهُ مِنَ الْخِلَافِ ، فِي أَوَّلِ صَلَاةِ التَّطَوُّعِ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْوَقْفِ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو قال : ضَعُّ ثُلْثِي حَيْثُ أَرَاكَ اللَّهُ . فله صَرْفُهُ فِي أَىِّ جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ ^(١) الْقُرْبِ ، وَالْأَفْضَلُ صَرْفُهُ إِلَى فُقَرَاءِ أَقَارِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، فَإِلَى مَحَارِمِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ، فَإِلَى جِيرَانِهِ . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا عَنِ الْقَاضِي ؛ وَصَاحِبِ « التَّرْغِيبِ » ، وَجُوبُ الدَّفْعِ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فِي هَذِهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « جِهَةٌ » .

وَأَنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِالْفِ ، صُرِفَ فِي حَاجَةٍ بَعْدَ
أُخْرَى حَتَّى تَنْفَدَ ، وَيُذْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرُ مَا يُحَجُّ بِهِ .

الشرح الكبير

بُثِّلَهُ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَهُ أَقَارِبُ مُحَاوِجٌ ، فَلَمْ يُوصِ لَهُمْ بِشَيْءٍ وَلَمْ
يَرْتُوا ، فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِهِمْ ، فَإِنَّهُمْ أَحَقُّ . [١٨٨/٥] قَالَ : وَسُئِلَ عَنْ
النَّصْرَانِيِّ يُوصِي بُبُلِيَّةً لِلْفُقَرَاءِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَيْعْطَى إِخْوَتَهُ وَهُمْ فَقَرَاءُ ؟
قَالَ : نَعَمْ ، هُمْ أَحَقُّ ، يُعْطَوْنَ خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَا يُزَادُونَ عَلَى ذَلِكَ . يَغْنَى
لَا يُزَادُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْغِنَى .

٢٦٩٦ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِالْفِ ، صُرِفَ فِي
حَاجَةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى تَنْفَدَ) إِذَا أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِقَدْرٍ مِنَ الْمَالِ ، صُرِفَ
جَمِيعُ ذَلِكَ فِي الْحَجِّ إِذَا حَمَلَهُ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِهِ فِي جِهَةِ قُرْبَةٍ ، فَوَجَبَ
صَرْفُهُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَصْرِفَ

الإنصاف

الْمَسْأَلَةُ . الثَّانِيَّةُ ، لَا يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ الْقُرْبَةُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ
الْمَذْهَبِ ، خِلَافًا لِلشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . فَلِهَذَا قَالَ : لَوْ جَعَلَ الْكُفْرَ أَوْ
الْجَهْلَ شَرْطًا فِي الْاِسْتِحْقَاقِ ، لَمْ يَصِحَّ ، فَلَوْ وَصَّى لِأَجْهَلِ النَّاسِ ، لَمْ يَصِحَّ .
وَعَلَّلَ فِي « الْمُعْنَى » الْوَصِيَّةَ لِمَسْجِدٍ بِأَنَّهُ قُرْبَةٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَذَلَّ عَلَى
اِسْتِرَاطِهَا . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِعِمَارَةِ قُبُورِ الْمَشَايِخِ وَالْعُلَمَاءِ .
وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِنْ أَوْصَى لِمَا لَا مَعْرُوفَ فِيهِ وَلَا بَرٍّ ؛ كَكَيْسَةٍ ، أَوْ كَتَبَ
التَّوْرَةَ ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَ ذَلِكَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْوَقْفِ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِالْفِ ، صُرِفَ فِي حَاجَةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى تَنْفَدَ .
سواءً كَانَ رَاكِبًا أَوْ رَاجِلًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،

إلى مَنْ يُحَجُّ أَكْثَرَ مِنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لَأَنَّهُ أَطْلَقَ لَهُ التَّصَرُّفَ فِي الْمُعَاوَضَةِ ،
 فَاقْتَضَى عَوَضَ الْمِثْلِ ، كَالْتَوْكِيلِ فِي الْبَيْعِ . ثُمَّ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ
 بِقَدْرِ نَفَقَةِ الْمِثْلِ لِحَاجَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيُصَرَّفُ فِيهَا ، أَوْ نَاقِصًا ، فَيُحَجُّ بِهِ مِنْ
 حَيْثُ يَبْلُغُ ، فِي ظَاهِرٍ مَنْصُوصٍ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي رَجُلٍ
 أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ (١) ، وَلَا تَبْلُغُ النَّفَقَةُ ، فَقَالَ : يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ
 النَّفَقَةُ لِلرَّاكِبِ مِنْ أَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْعَنْبَرِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعَانُ
 بِهِ فِي الْحَجِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَوَارٍ الْقَاضِي . حَكَاهُ عَنْهُ الْعَنْبَرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ،
 أَنَّهُ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي امْرَأَةٍ أَوْصَتْ بِحَجِّ
 لَا يَجِبُ عَلَيْهَا : أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ ثُلُثُ مَالِهَا ، فَيُعَانَ بِهِ فِي الْحَجِّ ، أَوْ يُحَجَّ
 بِهِ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ . فَإِنْ كَانَ يَفْضُلُ عَنْ الْحَاجَّةِ ، دُفِعَ فِي حَاجَةٍ ثَانِيَةٍ وَثَالِثَةٍ ،
 إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ، أَوْ يَبْقَى مَا لَا يَبْلُغُ حَاجَةً ، فَيُحَجَّ بِهِ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ ، أَوْ يُعَانَ

و «الْوَجِيزِ» ، و «الْمُنَوَّرِ» ، و «الْهِدَايَةِ» ، و «الْمُذْهَبِ» ،
 و «الْمُسْتَوْعِبِ» ، و «الْخُلَاصَةِ» ، و «النُّظْمِ» ، و «الرُّعَايَةِ
 الصُّغْرَى» ، و «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ،
 و «الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى» . وَعَنْهُ ، تُصَرَّفُ فِي حَاجَةٍ لَا غَيْرُ ، وَالباقِي إِزْرَتْ . وَنَقَلَ ابْنُ
 إِبْرَاهِيمَ ، بَعْدَ الْحَاجَّةِ الْأُولَى ، تُصَرَّفُ فِي الْحَجِّ ، أَوْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ (٢) . وَقَالَ فِي
 «الْفُصُولِ» : مَنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِكَذَا ، لَمْ يُسْتَحَقَّ مَا عَيْنَ زَائِدًا عَلَى النَّفَقَةِ ؛
 لَأَنَّهُ بِمِثَابَةِ جَعَالَةٍ . وَاخْتَارَهُ ، وَلَا يَجُوزُ فِي الْحَجِّ . وَاخْتَارَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ أَنَّهُ إِنْ

(١) أَى : عَنْهُ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

به في الحَجِّ ، على ما ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . وَلَا يَسْتَنَبِ فِي الْحَجِّ مَعَ
الْإِمْكَانِ إِلَّا مِنْ بَلَدِ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمَيِّتِ وَقَائِمٌ مَقَامَهُ ،
فَيَنْتَوِبُ عَنْهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَوْ حَجَّ الْمَنْتَوِبُ عَنْهُ لَحَجَّ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ الْمَوْصَى
بِهِ لَا يَحْمِلُهُ الثَّلَاثُ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْحَجُّ فَرَضًا أَوْ تَطَوُّعًا ، فَإِنْ
كَانَ فَرَضًا اخْتَارَ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ الْقَدْرِ الْكَافِي لِحَجِّ الْفَرَضِ ،
إِنْ كَانَ قَدْ أَوْصَى بِالثَّلَاثِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَكْثَرَ ، اخْتَارَ ، ثُمَّ يُصَرِّفُ مِنْهُ
فِي الْفَرَضِ قَدْرًا مَا يَكْفِيهِ ، ثُمَّ يُحَجُّ بِالْبَاقِي تَطَوُّعًا حَتَّى يَنْفَدَ ، كَمَا ذَكَرْنَا
مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَقَلَّ ، تَمَّمَ قَدْرًا مَا يَكْفِي الْحَجَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .
وبهذا قال عطاء ، وطاؤس ، والحسن ، وسعيد بن المسيب ، والزُّهْرِيُّ ،
والشافعي ، وإسحاق . قال سعيد بن المسيب ، والحسن : كُلُّ وَاجِبٍ
مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وقال ابن سيرين ، والنخعي ، والشَّعْبِيُّ ، وَحَمَادُ بْنُ أَبِي
سُلَيْمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَدَاوُدُ بْنُ أَبِي هِنْدَ : إِنْ وَصَّى بِالْحَجِّ

الإصناف

وَصَّى بِالْفَرِّ يُحَجُّ بِهَا ، صُرِفَ فِي كُلِّ حَجَّةٍ قَدْرُ نَفَقَتِهِ حَتَّى يَنْفَدَ ، وَلَوْ قَالَ :
حُجُّوا عَنِّي بِالْفَرِّ ، فَمَا فَضَلَ فَلِلْوَرَثَةِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ ، أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا
تَصِحُّ عَلَى الْحَجِّ وَنَحْوِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، فَيُعْطَى هُنَا لِأَجْلِ النَّفَقَةِ .
فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، إِنْ لَمْ تَكْفِ الْأَلْفُ ، أَوْ الْبَقِيَّةُ بَعْدَ الْإِخْرَاجِ ، حُجَّ بِهِ مِنْ حَيْثُ
يَبْلُغُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَقَدَّمَهُ
فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْكَافِي » . وَقِيلَ : يُعَانُ
بِهِ فِي حَجَّةٍ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .
قَالَ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » : وَبَقِيَّتُهَا الْعَاجِزَةُ عَنْ حَجَّةٍ لِمَصْلَحَتِهَا .

مِنْ ثُلُثِهِ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ شَيْءٌ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، إِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ
بِالمُوصَى بِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ ، فَلَا يَلْزَمُ الْوَارِثُ ،
كَالصَّلَاةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : [١٨٨/٥ ط] « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ ،
أَكُنْتَ تَقْضِيهِ ^(١) ؟ » قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَدَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » ^(٢) .
وَالدَّيْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَمَا هُوَ أَحَقُّ مِنْهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَكَانَ مِنْ
رَأْسِ الْمَالِ ، كَدَيْنِ الْآدَمِيِّ . وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، أُخِذَ الثُّلُثُ لَا غَيْرُ إِذَا
لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، وَيُحَجُّ بِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

انتهى . وعنه ، يُخَيَّرُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ، فَهُوَ إِزْرٌ . قَالَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ وَجْهٌ بِيُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ إِذَا لَمْ تَكْفِ الْحَجَّ .

فَانْدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا كَانَ الْحَجُّ تَطَوُّعًا ، أَجْزَأُ أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ مِنَ الْبِيعَاتِ .
عَلَى الصَّحِيحِ . صَحَّحَهُ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » :
وَهُوَ أَوْلَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ ، فِي كِتَابِ الْحَجِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَقْوَى . وَاخْتَارَهُ أَبُو
بَكْرٍ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » . وَقِيلَ : لَا تُجْزِئُ إِلَّا مِنْ مَحَلٍّ
وَصِيَّتِهِ ، كَحَجِّهِ بِنَفْسِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،
لَكِنْ قَالَ عَنْ الْأَوْلَى : هُوَ أَوْلَى . كَمَا تَقَدَّمَ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْحَجِّ ، قُبِيلَ

(١) فِي م : « قَاضِيهِ » .

(٢) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَشْبِيهِ قِضَاءِ الْحَجِّ بِقِضَاءِ الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ ، وَفِي : بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ
عَلَى يَحْيَى بْنِ أَبِي إِسْحَاقَ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقِضَاءِ . الْمَجْتَبَى ٨٩/٥ ، ٢٠١/٨ ، ٢٠٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي :
الْمُسْنَدِ ٥/٤ .

وَتَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ مِنْ وَجْهِ آخَرٍ فِي ٢٦٠/٦ .

وَإِنْ قَالَ : يُحَجُّ عَنِّي حَجَّةٌ بِأَلْفٍ . دُفِعَ [١٦٤ و] الْكُلُّ إِلَى الْمُقْنَعِ مَنْ يُحَجُّ بِهِ .

٢٦٩٧ - مسألة : وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ حَجَّةٌ بِأَلْفٍ (دُفِعَ الْكُلُّ إِلَى مَنْ يُحَجُّ) إِذَا وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ حَجَّةٌ وَاحِدَةً بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، وَكَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا يُحَجُّ بِهِ ، فَهُوَ لِمَنْ يُحَجُّ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بِذَلِكَ ، فَكَانَتْهُ صَرَاحٌ فَقَالَ : حُجُّوا عَنِّي حَجَّةً وَاحِدَةً بِأَلْفٍ ، وَمَا فَضْلٌ مِنْهَا فَهُوَ لِمَنْ يُحَجُّ .

قَوْلُهُ : وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْحَجِّ عَلَى الْمَرْأَةِ وَجُودُ مَحْرَمِهَا . الثَّانِيَّةُ ، إِنْ كَانَ الْمُوصِي قَدْ حَجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ ، كَانَتْ الْأَلْفُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ ، فَنَفَقَتْهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَالْبَاقِي مِنَ الثُّلُثِ .

قَوْلُهُ : فَإِنْ قَالَ : يُحَجُّ عَنِّي حَجَّةٌ بِأَلْفٍ . دُفِعَ الْكُلُّ إِلَى مَنْ يُحَجُّ عَنْهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقِيلَ : الْبَقِيَّةُ مِنَ ^(١) نَفَقَةِ الْحَجَّةِ إِرْثٌ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّصْرِيعِ » . وَحَكَاهُ الْحَارِثِيُّ رِوَايَةً . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » .

(١) فِي ط : « عَنْ » .

المقنع فَإِنْ عَيَّنَهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، فَقَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فَلَانٌ بِالْفِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٨ - مسألة : (فَإِنْ عَيَّنَهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، فَقَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فَلَانٌ بِالْفِ) صُرِفَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ ، فَلِلْمُوصَى إِلَيْهِ صَرْفُهُ إِلَى مَنْ شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ فَوْضَ إِلَيْهِ الْاجْتِهَادَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ صَرْفَهَا إِلَى وَارِثٍ إِذَا كَانَ فِيهَا فَضْلٌ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَضْلٌ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُحَابَاةَ فِيهَا . ثُمَّ يُنْتَظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْحَجُّ الْمُوصَى بِهِ تَطَوُّعًا ، اُعْتَبِرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا ، فَالزَّائِدُ عَنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثَّلَاثِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ الْمُوصَى بِهِ بِالْحَجِّ ، أُتِمَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَفِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا ذَكَرْنَا .

الإنصاف

قوله : فَإِنْ عَيَّنَهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، فَقَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فَلَانٌ بِالْفِ . فَأَتَى الْحَجَّ وَقَالَ : اضْرُفُوا [٢٧١/٢ ط] إِلَى الْفَضْلِ . لَمْ يُعْطَ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ . يَعْنِي مِنْ أَصْلِهَا إِذَا كَانَ تَطَوُّعًا . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الرَّعَايَةِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، فَإِنَّ كَلَامَهُمْ كَكَلَامِ الْمُصَنِّفِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَبْطُلُ فِي حَقِّهِ لَا غَيْرُ ، وَيُحَجُّ عَنْهُ بِأَقْلٍ مَا يُمْكِنُ مِنْ نَفَقَةٍ ، أَوْ أُجْرَةٍ ، وَالْبَقِيَّةُ لِلْوَرِثَةِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَفِي بَعْضِ نُسَخِ « الْمُقْنَعِ » لَمْ يُعْطَ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّهِ . وَعَلَيْهِ شَرْحُ الشَّارِحِ . وَذَكَرَهَا ابْنُ مُنْجَى ، فِي الْمَتَنِ وَلَمْ يَشْرَحْهَا ، بَلْ عَلَّلَ الْبُطْلَانَ فَقَطْ . فَعَلَى هَذِهِ النُّسَخَةِ ، مَعَ أَنَّ النُّسَخَةَ الْأُولَى لَا تَأْتِي ذَلِكَ ، يَكُونُ الْمُصَنِّفُ قَدْ جَزَمَ بِهَذَا الْوَجْهِ هُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، و « النَّظْمِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،

فَأَبَى الْحَجَّ ، وَقَالَ : اصْرِفُوا إِلَيَّ الْفَضْلَ . لَمْ يُعْطَهُ ، وَبَطَلَتْ
الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّهِ .

٢٦٩٩ - مسألة : فإن (أَبَى الْحَجَّ ، وقال : اصْرِفُوا إِلَى الْفَضْلِ .
لم يُعْطَهُ ، وَبَطَلَتْ الوَصِيَّةُ فِي حَقِّهِ) إذا قال الْمُعَيَّنُ ذَلِكَ ، بَطَلَ التَّعْيِينُ ،
وَيُحْجُّ عَنْهُ بِأَقْلٍ مَا يُمْكِنُ إِنْسَانٌ ثِقَةً سِوَاهُ ، وَيُصْرَفُ الْبَاقِي إِلَى الْوَرِثَةِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ الوَصِيَّةُ إِنْ كَانَ الْحَجُّ تَطَوُّعًا ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَ لَهَا جِهَةً ، فَإِذَا
لَمْ يَقْبَلْهَا ، بَطَلَتْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : يَبِيعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ بِمِائَةِ . فَأَبَى شِرَاءَهُ .
وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الْقُرْبَةَ وَالتَّعْيِينَ ، فَإِذَا بَطَلَ التَّعْيِينُ ، لَمْ
تَبْطُلِ الْقُرْبَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : يَبِيعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ وَتَصَدَّقُوا بِثَمَنِهِ . فَلَمْ يَقْبَلْ
فُلَانٌ ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ مِنْ غَيْرِهِ وَيُتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . فَإِنْ قَالَ الْمُعَيَّنُ : اصْرِفُوا إِلَى
الْفَضْلِ عَنْ نَفَقَةِ الْحَجِّ ؛ لِأَنَّهُ مُوصِي لِي بِهِ . لَمْ يُصْرَفْ إِلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ
إِنَّمَا أَوْصَى بِهِ بِالزِّيَادَةِ بِشَرْطِ أَنْ يُحْجَّ ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ
شَيْئًا .

فصل : فإذا قال : حُجُّوا عَنِّي حَجَّةً . وَلَمْ يَذْكُرْ قَدْرًا مِنَ الْمَالِ ، فَإِنَّهُ
لَا يُدْفَعُ إِلَى مَنْ يَحْجُّ إِلَّا قَدْرُ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَالْبَاقِي لِلْوَرِثَةِ .
وَهَذَا يَنْبَغِي عَلَى أَنَّهُ لَا^(١) يَجُوزُ الْأَسْتِجَارُ عَلَيْهِ ، إِنَّمَا يَنْوُبُ عَنْهُ نَائِبٌ ، فَمَا

و « الفائق » ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، وَنَصَرَاهُ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ .
وَأُطْلِقَتْهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَذَكَرَ النَّاطِظُ فَوَلًا ، أَنَّ بَقِيَّةَ الْأَلْفِ لِلَّذِي حَجَّ .

(١) سقط من : م .

يُنْفَقُ عَلَيْهِ فيما يَحْتَاجُ إليه فهو من مالِ الْمُوصِي ، وما بَقِيَ للورثة . فإن تَلَفَ المَالُ في الطَّرِيقِ ، فهو من مالِ الْمُوصِي ، وليس على النَّائِبِ إِتْمَامُ الْحَجِّ . وإن قُلْنَا : يَجُوزُ الاسْتِجَارُ على الْحَجِّ . فلا يَسْتَأْجِرُ إِلَّا ثِقَةً بِأَقْلٍ ما يُمَكِّنُ ، وما فَضَّلَ [١٨٩/٥] فهو للأَجِيرِ ؛ لَأَنَّهُ مَلَكٌ ما أُعْطِيَ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ . وإن تَلَفَ المَالُ في الطَّرِيقِ بَعْدَ قَبْضِ الأَجِيرِ لَهُ ، فهو من مَالِهِ ، وَيَلْزَمُهُ إِتْمَامُ الْحَجِّ . وإن قال : حُجُّوا عَنِّي . ولم يَقُلْ : حَجَّةً وَاحِدَةً . لم يُحَجَّ عَنْهُ إِلَّا حَجَّةً ؛ لَأَنَّهُ أَقْلٌ ما يَقَعُ عَلَيْهِ الاسمُ . فإن عَيَّنَ مع هذا ، فقال : يَحُجُّ عَنِّي فلانٌ . دَفَعَ إِلَيْهِ بِقَدَرِ نَفَقَتِهِ مِنْ بَلَدِهِ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ . فإن أَبَى الْحَجَّ إِلَّا بِزِيَادَةٍ تُصَرَّفُ إِلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُصَرَّفَ إِلَيْهِ أَقْلٌ قَدَرٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَحُجَّ بِهِ غَيْرُهُ . فإن أَبَى الْحَجَّ وَكانَ واجِبًا ، اسْتُنِيبَ غَيْرُهُ بِأَقْلٍ ما يُمْكِنُ اسْتِنَابَتُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وإن وَصَّى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ زَيْدٌ بِمَائَةٍ ، وَلِعَمْرٍو بِتَمَامِ الثُّلْثِ ، وَلِسَعْدٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، فَأُجِزَ الْوَرِثَةُ ، أَمْضِيَتْ عَلَى ما قالَ الْمُوصِي . فإن

تَنْبِيهِ : محلُّ هذا الْخِلَافِ ، إِذَا كانَ الْمُوصِي قد حَجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ . أمَّا إِذَا لم يَكُنْ حَجَّ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ ، وَأَبَى مَنْ عَيْنَهُ ، فَإِنَّهُ يُقَامُ غَيْرُهُ بِنَفَقَةِ الْمُثَلِّ ، وَالْفَضْلُ للوَرِثَةِ ، ولا تَبْطُلُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وهو واضِحٌ ، وَيُحَسَّبُ الْفَاضِلُ مِنْ^(١) الثُّلْثِ عَنْ نَفَقَةِ مِثْلِهِ ، أَوْ أَجْرَةِ مِثْلِهِ لِلْفَرَضِ .

فوائد ؛ منها ، لو قال : يَحُجُّ عَنِّي زَيْدٌ بِالْفِ . فما فَضَّلَ فهو وَصِيَّةٌ لَهُ إِنْ حَجَّ ،

(١) في ط : « في » .

لم يُفْضَلْ عن المائة شيءٌ ، فلا شيءَ لعمرٍو ؛ لأنه إنما وصَّى له بالفَضْلِ ، ولا فَضْلَ . وإن رَدَّ الوَرَثَةُ ، قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ؛ لسعدِ السُّدُسُ ، ولزَيْدِ مائةً ، وما فَضَّلَ مِنَ الثُّلُثِ فلِعمرٍو . فإن لم يُفْضَلْ منه شيءٌ ، فلا شيءَ لعمرٍو ؛ لأنه إنما وصَّى له بالزِّيَادَةِ ، ولا زِيَادَةً . ولا تَمْتَنِعُ الْمُزَا حَمَةُ به ، ولا يُعْطَى شيئاً ، كَوَلَدِ الأبِ مع وَلَدِ الأبوينِ ، في مُزَا حَمَةِ الْجَدِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ متى كان في الثُّلُثِ فَضْلٌ عن المائةِ ، أن يُرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لأنَّ زَيْدًا إِنَّمَا اسْتَحَقَّ المائةَ بِالْإِجَازَةِ ، فمع الرَّدِّ يَدْخُلُ عَلَيْهِ مِنَ النِّقْصِ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ ، كسائرِ الوَصَايَا .

ولا يُعْطَى إِلَى أَيَّامِ الْحَجِّ . قَالَه الإمامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْفَضْلَ لِلوَارِثِ . ومنها ، لا يَصِحُّ أَنْ يُحْجَّ وَصِيٌّ بِإِخْرَاجِهَا . نصُّ عَلَيْهِ الإمامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَأَبِي الْحَارِثِ ، وَجَعْفَرِ النَّسَائِيِّ ، وَحَرْبِ ، رَحِمَهُمُ اللهُ . قَالَ : لَأنَّهُ مُتَقَدِّمٌ ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَنِّي بِهِ . لا يَأْخُذُ مِنْهُ . ومنها ، لا يَحْجُّ وَارِثٌ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نصُّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، رَحِمَهُ اللهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَاخْتَارَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، بَلَى يُحْجُّ عَنْهُ إِنْ عَيَّنَهُ ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى نَفَقَتِهِ ، مِنْهُمْ الْحَارِثِيُّ . وَفِي « الْفُصُولِ » : إِنْ لَمْ يُعَيَّنْهُ ، جَازَ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَوْصَى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ بِالنَّفَقَةِ ، صَحَّ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَوْصَى بِثَلَاثِ حَجَجٍ إِلَى ثَلَاثَةِ ، فِي عَامٍ وَاحِدٍ ، صَحَّ ، وَأَحْرَمَ النَّائِبُ بِالْفَرْضِ أَوَّلًا ، إِنْ كَانَ عَلَيْهِ فَرْضٌ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَوْصَى بِثَلَاثِ حَجَجٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى ثَلَاثَةِ يُحْجُونَ عَنْهُ فِي عَامٍ وَاحِدٍ . قَالَه فِي « الرُّعَايَةِ » . قَالَ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُصَحَّ ، إِنْ كَانَتْ نَفْلًا . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » فِي بَابِ حُكْمِ قَضَاءِ الصَّوْمِ : حَكَى الإمامُ أَحْمَدُ ، عَنْ طَاوُسٍ جَوَازَ صَوْمِ جَمَاعَةٍ عَنْهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ،

فصل : وإن وصَّى لزيدٍ بعددٍ بعينه ، ولعمرو ببقيةِ الثُّلثِ ، قُومَ العبدُ يومَ مَوْتِ الموصي - لأنَّه حالُ نفوذِ الوصيةِ - ودُفِعَ إلى زيدٍ ، ودُفِعَ ببقيةِ الثُّلثِ إلى عمرو . فإن لم يبقَ من الثُّلثِ شيءٌ ، بطلت وصيةُ عمرو . وإن مات العبدُ بعدَ مَوْتِ الموصي ، «أو ردَّ زيدٌ وصيته» ، بطلت ، ولم تبطل وصيةُ عمرو . وهكذا إن مات زيدٌ قبلَ مَوْتِ الموصي ^(١) . وإن مات العبدُ قبلَ مَوْتِ الموصي ^(٢) ، قُومنا التَّركَةَ حالَ مَوْتِ الموصي بدُونِ العبدِ ، ثم نُقُومُ العبدَ لو كان حيًّا ، فإن بقيَ من الثُّلثِ بعدَ قيمتهِ شيءٌ ، فهو لعمرو ، وإلا بطلت وصيته . ولو قال لأحدِ عبدَيْه : أنت مُدَبِّرٌ . ثم قال لآخرٍ : أنت مُدَبِّرٌ في زيادةِ الثُّلثِ عن قيمةِ الأوَّلِ . ثم بطل تدبيرُ الأوَّلِ بمَوْتِهِ ، فهي كالتى قبلها ، على ما ذكرنا ، أو رُجوعه فيه ، أو خروجه مُسْتَحَقًّا ، أو غير ذلك .

ويُجزئ عن عدَّتْهم مِنَ الأيامِ . قال : وهو أظهرُ . واختاره المَجْدُ . قال : فذلَّ ذلك على ^(٣) أن مَنْ أوصى بثلاثِ حَجَجٍ ، جازَ صَرَفُها إلى ثلاثةٍ يُحْجُونَ عنه في سنةٍ واحدةٍ . وجزم ابنُ عَقِيلٍ بأنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّ نائِبَه مِثْلُه . وذكره في «الرُّعايةِ» قولًا ، ولم يذكرْ ^(٤) قبله ما يُخالفُه ^(٥) . (ذكره في فَصْلٍ ^(٥) استِنابةِ المَعْصُوبِ ، من بابِ الإحرامِ ، وهو قياسُ ما ذكره القاضى فى الصَّومِ . انتهى كلامُه فى

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده فى المعنى ٥٤٨/٨ : «أو بعده» .

(٣) سقط من : ط .

(٤ - ٤) سقط من : ط .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل ، ط .

وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ سِكَتِهِ ، فَهُوَ لِأَهْلِ دَرْبِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٠٠ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ سِكَتِهِ ، فَهُوَ لِأَهْلِ دَرْبِهِ)
لأنَّ السُّكَّةَ الطَّرِيقُ ، والدَّرْبُ مُضَافٌ إِلَيْهِ .

الإنصاف

« الفروع » . ولم يَسْتَحْضِرْ تلك الحال ما ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْمُوصَى بِهِ ، أَوْ رَأَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَقَدْ أَطْلَقَ وَجْهَيْنِ فِي صِحَّةِ ذَلِكَ . ثُمَّ وَجَدْتُ الْحَارِثِيَّ نَقَلَ عَنِ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالسَّامُرِيُّ ، صِحَّةَ صَرْفِ ثَلَاثِ حِجَجٍ فِي عَامٍ وَاحِدٍ ، وَقَالَ : وَهُوَ أَوْلَى . وَتَقَدَّمَ فِي حُكْمِ قَضَاءِ رَمَضَانَ وَكِتَابِ الْحَجِّ أَيْضًا ، هَلْ يَصِحُّ حَجُّ الْأَجَنِيِّ عَنِ الْمَيِّتِ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ بِدُونِ إِذْنِ وَلِيِّهِ أَمْ لَا ؟

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ سِكَتِهِ ، فَهُوَ لِأَهْلِ دَرْبِهِ . هذا المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقِيلَ : هُمَا أَهْلُ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ يَكُونُ طَرِيقُهُمْ بِدَرْبِهِ .

فائدة : يُعْتَبَرُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ سُكْنَاهُ فِي السُّكَّةِ حَالُ الْوَصِيَّةِ . نَصُّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » : وَيَسْتَحِقُّ أَيْضًا لَوْ طَرَأَ إِلَى السُّكَّةِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَفِي دُخُولِ الْمُتَجَدِّدِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، رَوَاتَانِ . ثُمَّ قَالَ : وَالْمَنْصُوصُ فِي مَنْ أَوْصَى أَنْ يَتَصَدَّقَ فِي سِكَّةِ فُلَانٍ بِكَذَا وَكَذَا ، فَسَكَّنَهَا قَوْمٌ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، قَالَ : إِنَّمَا كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِلَّذِينَ كَانُوا . ثُمَّ قَالَ : مَا أَذْرِي كَيْفَ هَذَا ؟ قِيلَ : فَيُشْبِهُ هَذَا الْكُورَةَ ؟ قَالَ : لَا ، الْكُورَةُ وَكَثْرَةُ أَهْلِهَا خِلَافُ هَذَا الْمَعْنَى ، يَنْزِلُ قَوْمٌ وَيُخْرَجُ قَوْمٌ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ . انتهى .

المقنع
وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، تَنَاوَلَ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ .
وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مُسْتَدَارُ أَرْبَعِينَ دَارًا .

الشرح الكبير
٢٧٠١ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، تَنَاوَلَ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ) نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْجَارُ الْمُلَاصِقُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ » ^(١) . [١٨٩/٥ ظ] يَعْنِي الشُّفْعَةَ ، وَإِنَّمَا تَثَبُّتُ لِلْمُلَاصِقِ . وَلِأَنَّ الْجَارَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْمُجَاوِرَةِ ، وَقَالَ قَتَادَةُ : الْجَارُ الدَّارُ وَالِدَارَانِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ » ^(٢) . قَالَ : مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ جَعْدَةَ : مَنْ سَمِعَ الْإِقَامَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : الْجِيرَانُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ إِنْ جَمَعَهُمْ مَسْجِدٌ ، فَإِنْ تَفَرَّقَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ فِي مَسْجِدَيْنِ صَغِيرَيْنِ مُتَقَارِبَيْنِ ، فَالْجَمِيعُ جِيرَانٌ ، وَإِنْ كَانَا عَظِيمَيْنِ ، فَكُلُّ أَهْلِ مَسْجِدٍ جِيرَانٌ ، وَأَمَّا الْأَمْصَارُ الَّتِي فِيهَا الْقَبَائِلُ ، فَالْجَوَارُ عَلَى الْأَفْخَاذِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ

الإنصاف
قوله : وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، تَنَاوَلَ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو حَفْصٍ ، وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الرَّعَائِيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَقَالَ

(١) تقدم تخريجه في ٣٧١/١٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٧٢/٤ .

وَأَنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ قَرَاتِهِ ، وَلَهُ أَبٌ وَابْنٌ ، فَهُمَا الْمَنْعُ

الشرح الكبير أن رسول الله ﷺ قال : « الجارُ أربعون دارًا ، هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا »^(١) . وهذا نصٌّ لا يجوزُ العدولُ عنه إن صحَّ ، وإن لم يثبت الخبرُ ، فالجارُ هو المُقاربُ ، ويُرجعُ في ذلك إلى العُرفِ (وقال أبو بكر : مُستندارُ أربعين دارًا) من كلِّ جانبٍ ، والحديثُ يَحْتَمِلُهُ .

٢٧٠٢ - مسألة : (وإن وصَّى لأقربِ قراتِهِ) أو لأقربِ الناسِ إليه ، أو أقربهم به رَحِمًا ، لم يُدْفَعِ إلى الأبعدِ مع وجودِ الأقربِ (فإن

الإينصاف أبو بكر : مُستندارُ أربعين دارًا . وهو روايةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ . قال في « المُستَوَعِبِ » : وقال أبو بكر : وقد قيل : مُستندارُ أربعين دارًا . قال في « الفائقِ » ، بعدَ قولِ أبي بكر : وقيل : من أربعة [٢٧٢/٢] جَوَابٍ . قال الشَّارِحُ ، عن قولِ أبي بكر : يَغْنَى مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وعنه ، جيرانه مُستندارُ ثلاثين دارًا . ذَكَرَهَا فِي « الْفُرُوعِ » . وقال في « الْفَائِقِ » : تناول أربعين دارًا من كلِّ جانبٍ . وعنه ، ثلاثين . ذَكَرَهَا أَبُو الْحُسَيْنِ . فظاهرُ هذه الروايةُ مُخَالِفٌ لِتِلْكَ قَبْلَهَا ، لَكِنْ قَسَرَهَا الْحَارِثِيُّ بِالْأَوَّلِ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى هُنَا إِلَّا الْجَارُ الْمُلَاصِقُ . وَقِيلَ : يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ ، إِنْ لَمْ يَصِحَّ الْحَدِيثُ . وَقَدْ اسْتَدَلَّ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ لِلْمَذْهَبِ بِالْحَدِيثِ فِيهِ ، وَقَالَ : هَذَا نَصٌّ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ ، إِنْ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ ، فَالْجَارُ هُوَ الْمُقَارِبُ ، وَيُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ . انْتَهَى .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ قَرَاتِهِ ، وَلَهُ أَبٌ وَابْنٌ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَالْأَخُ وَالْجَدُّ

(١) أخرجه أبو داود في : المراسيل ١٨٩ عن الزهري ، وطرقه ضعيفة ، انظر : تلخيص الحبير ٩٣/٣ ، وإرواء الغليل ١٠٠/٦ ، ١٠١ .

المقنع
سَوَاءٌ ، وَالْجَدُّ وَالْأَخُ سَوَاءٌ . وَيَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ الْابْنِ عَلَى
الْأَبِ ، وَالْأَخِ عَلَى الْجَدِّ .

الشرح الكبير
كان له أب وابن ، فهما سواء (لأن كل واحدٍ منهما يُدلى بنفسه^(١) من
غير واسطة . (والأخ والجد سواء) لأن كل واحدٍ منهما يُدلى بالأب
من غير واسطة . (ويَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ الابنِ على الأب) لأنه يُسْقَطُ
تَعْصِيَتُهُ . والأولى أولى ؛ لأن إسقاط تَعْصِيَتِهِ لا يَمْنَعُ مُساواتِهِ في القُربِ ،
ولا كونه أقرب منه ، بدليل أن ابن الابن يُسْقَطُ تَعْصِيَتُهُ مع بُعْدِهِ ، (و)
يَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ (الأخ على الجد) لأن الأخ يُدلى بِبَنُوِّهُ الأبِ ، والجدُّ
يُدلى بِالْأَبَوَّةِ ، فهما كالأب والابن . والأول أولى ، ولا يصحُّ قياسُ الأخ
على الابن ؛ لأنه لا يُسْقَطُ تَعْصِيَتُ الْجَدِّ ، بخلاف الابن . ويُقدَّمُ الابنُ
على الجدِّ ، والأبُّ على ابن الابن . وقال أصحابُ الشافعي : يُقدَّمُ ابنُ
الابنِ على الأبِ في وَجْهِه ؛ لأنه يُسْقَطُ تَعْصِيَتُهُ . ولنا ، أن الأب يُدلى
بِنَفْسِهِ ، ويلى ابنه من غير حاجز ، ولا يُسْقَطُ ميراثه بحالٍ ، بخلاف ابنِ
الابن . والأبُّ والأُمُّ سواء ، وكذلك الابنُ والبنتُ ، والجدُّ أبو الأبِ
وأبو الأُمِّ ، وأُمُّ الأبِ وأُمُّ الأُمِّ ، كلُّهم سواء . هكذا ذَكَرَهُ شيخنا^(٢) .

الإصناف
سَوَاءٌ . هذا المذهبُ بلا ريب ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وجزم به في « الوجيز »
وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « المحرر » ،
و « الفروع » ، وغيرهم . ويَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ الابنِ على الأبِ ، والأخ على الجدِّ .
وقيل : يُقدَّمُ الجدُّ على الأخ .

(١) في م : « بالأب » .

(٢) انظر المعنى ٥٣١/٨ ، ٥٣٢ .

وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ سَوَاءٌ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ الْمُنْعَى أَحَقُّ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

وَيَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ أَبِي الْأَبِ عَلَى أَبِي الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُهُ . ثُمَّ بَعْدَ الْأَوْلَادِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا ، الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ ، الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، وَفِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى دُخُولِهِمْ فِي الْوَقْفِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ وَلَدِ الْأَجْدَادِ ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَلِأَقْرَبِ ؛ لِأَنَّهُمُ الْعَمُودُ [١٩٠/٥ ر] الثَّانِي ، ثُمَّ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ ، ثُمَّ وَلَدُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، وَلَا شَيْءَ لَوْلَدِ الْأَخَوَاتِ ، إِذَا قُلْنَا : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ .

٢٧٠٣ - مسألة : (وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ سَوَاءٌ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا) الْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَكَذَلِكَ وَلَدَاهُمَا ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ لَهُ قَرَابَتَيْنِ ، فَهُوَ أَقْرَبُ مِمَّنْ لَهُ قَرَابَةٌ وَاحِدَةٌ .

الإنصاف

تبيينه : قَوْلُهُ : وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ سَوَاءٌ . بِلَا نِزَاعٍ . وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْأَخَ مِنَ الْأُمِّ يَدْخُلُ فِي الْقَرَابَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَكَذَا الْحُكْمُ فِي أَبْنَائِهِمَا . وَكَذَا يُحْمَلُ مَا قَالَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، أَنَّ الْأَبَ وَالْأُمَّ سَوَاءٌ .

قوله : وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ رِوَايَةٌ ، أَنَّهُ كَأَخِيهِ لِأَبِيهِ ؛ لِسُقُوطِ الْأُمُومَةِ ، كَالنِّكَاحِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّبَصُّرَةِ » . قُلْتُ : وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » ، لَكِنْ ذَكَرَهُ فِي الْوَقْفِ .

فصل : والأخ للآبِ أَوْلَى من ابنِ الأخ من الأبوين ، كما في الميراث ، ثم بعدهم الأعمام ، ثم بنوهم وإن سفلوا . وَيَسْتَوِي العَمُّ من الأبِ والعَمُّ من الأمِّ ، وعلى الاختيمالِ الذي ذَكَرْنَاهُ في تَقْدِيمِ أُمِّي الأبِ على أُمِّي الأمِّ تَقْدِيمُ العَمِّ من الأبِ على العَمِّ من الأمِّ ، وكذلك أبنائهما ، وعلى هذا الترتيب . ذَكَرَهُ القاضي . وهو مَذْهَبُ الشافعي ، إِلَّا أَنَّهُ يَرَى دُخُولَ وَلَدِ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَخْوَالَ وَالْخَالَاتِ ، وهذا القولُ يُخْرِجُ على مَذْهَبِ أَحْمَدَ على الروايةِ التي تَجْعَلُ الْقَرَابَةَ فِيهَا كُلُّ مَنْ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْقَرَابَةِ . فَأَمَّا على الروايةِ التي تقولُ : إِنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَخْتَصُّ مَنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْآبَاءِ . وهي التي اخْتَارَهَا الْخِرَقِيُّ ، فلا تَدْخُلُ فِيهِ الأمُّ ولا أَقَارِبُهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْقَرَابَةِ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَقْرَبِ الْقَرَابَةِ . فعلى هذا تَتَنَاوَلُ الْوَصِيَّةُ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْ أَوْلَادِ الْمُوصِي ، وَأَوْلَادِ آبَائِهِ إِلَى أَرْبَعَةِ آبَاءٍ ، وَلَا تَعْدُوهُمْ . فَإِنْ وَصَّى لِمَجَاعَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أُعْطِيَ ثَلَاثَةٌ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ . فَإِنْ وَجَدَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَأَخَوَةٍ ، فَالْوَصِيَّةُ

فَالثَلَاثَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الأبُّ أَوْلَى من ابنِ الابنِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمُ فِي « التَّرْغِيبِ » ، أَنَّ ابْنَ الْإِبْنِ أَوْلَى . قَالَ : وَكُلُّ مَنْ قَدَّمَ ، قَدَّمَ وَلَدَهُ ، إِلَّا الْجَدَّ ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى بَنِي إِخْوَتِهِ ، وَأَخَاهُ لِأَبِيهِ ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى ابْنِ أَخِيهِ لِأَبُوَيْهِ . الثَّانِيَةُ ، يَسْتَوِي جَدُّاهُ وَعَمَّاهُ كَأَبُوَيْهِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ جَدُّهُ وَعَمُّهُ لِأَبِيهِ .

فَصْلٌ : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكَنِيسَةٍ ، وَلَا يَتَّ نَارٍ ، المقنع

لجميعهم ؛ لأنَّ بعضَهم ليس بأوَّلَى مِنْ بعضٍ ، والاسمُ يَشْمَلُهم . وإن لم يُوجَدْ ثلاثةٌ في درجةٍ واحدةٍ ، كُمِلَتْ مِنَ الثانيةِ . فإن كان^(١) في الدَّرَجَةِ الثانيةِ جَمَاعَةٌ ، سُوِّىَ بَيْنَهُمْ ؛ لِما ذَكَرْنَا في الدَّرَجَةِ الأولى ، وإن لم تُكْمَلْ مِنَ الثانيةِ ، فَمِنَ الثالثةِ ، فإذا وُجِدَ ابْنٌ وَأَخٌ وَعَمٌّ ، فالوصيةُ بَيْنَهُمْ أَثْلًا ، وكذلك إن كان ابنٌ وَأَخوان ، وإن كان ابنٌ وثلاثةٌ إِخْوَةٍ ، دخل جميعُهم في الوصيةِ ، وَيَتَّبَعِي أن يكونَ للابنِ ثُلُثُ الوصيةِ ولهم ثُلَاثُها . فإن كان الابنُ وارثًا ، سَقَطَ حَقُّه مِنَ الوصيةِ إن لم يُجْزَلْ له ، والباقي لِلإخوةِ . وإن وَصَّى لِعَصْبَتِهِ ، فهو لِمَنْ يَرِثُهُ بالتَّعْصِيبِ في الجملةِ ، سواءَ كان مَنْ يَرِثُ في الحالِ أو لم يكنْ . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرِيْبِهِمْ وَيُعَيِّدُهُمْ ؛ لَشُمُولِ اللَّفْظِ لَهُمْ . وَلَا خِلَافٌ في أَنَّهُمْ لَا يَكُونُونَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ بِحَالٍ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكَنِيسَةٍ ، وَلَا يَتَّ نَارٍ) [١٩٠/٥ ط] وَلَا لِعِمَارَتِهِمَا وَالْإِنْفَاقَ عَلَيْهِمَا . وبهذا قال

قوله : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكَنِيسَةٍ ، وَلَا يَتَّ نَارٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِحَضْرَةِ الْبَيْعِ وَقَنَادِيلِهَا وَمَا شَاكَلَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقْصِدْ إِعْظَامَهَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ^(٢) الْوَصِيَّةَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ صَحِيحَةٌ . قُلْتُ : وَهَذَا ضَعِيفٌ . وَرَدَّهُ الشَّارِحُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَقَالَ : فِيهِ نَظَرٌ . وَرَوَى عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

وَلَا لِكُتُبِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ، المفتح

الشافعي ، وأبو ثور . وسواء كان الموصي مسلماً أو ذمياً . وقال أصحاب الرأي : تصح . وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تُبْنَى كنيسة . وخالفه صاحبه . وأجاز أصحاب الرأي أن يُوصى بشراء خمر أو خنازير ويُتصدق بها على أهل الذمة . ولنا أن هذه أفعال مُحَرَّمَةٌ ، وفعلها مَعْصِيَةٌ ، فلم تصح الوصية بها ، كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ، ولأنها لا تجوز في الحياة ، فلا تجوز في الممات . الشرح الكبير

٢٧٠٤ - مسألة : وإن وصى (لكتب التوراة والإنجيل) لم تصح ؛ لأنها كُتُبٌ مَنْسُوخَةٌ وفيها تَبْدِيلٌ ، والاشتغال بها غير جائز ، وقد غَضِبَ

صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الذَّمِّ لِخِدْمَةِ الْكَنِيسَةِ . قال في « الهداية » ، وَمَنْ تَبِعَهُ : وَإِنْ وَصَّى لِإِنَاءِ كَنِيسَةٍ أَوْ بَيْعَةٍ أَوْ كُتِبِ التَّوْرَةُ وَالْإِنْجِيلُ ، لم تصح الوصية . ونقل عبد الله ما يدل على صحتها ^(١) . قال في « الرعايتين » : لم تصح على الأصح . ثم قال : قلت : تُحْمَلُ الصَّحَّةُ عَلَى وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ بِمَا يَجُوزُ ^(٢) لَهُ فَعَلُهُ مِنْ ذَلِكَ . انتهى . قلت : وَحَمَلُ الرُّوَايَةِ عَلَى غَيْرِ ظَاهِرٍ هَا مُتَعَيَّنٌ . الإنصاف

قوله : وَلَا لِكُتُبِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ، وَلَا لِمَلِكٍ ، وَلَا لِمَنْتٍ . بلا نزاع . وقال في « الرعاية » : وَلَا تَصِحُّ لِكُتُبِ تَوْرَةٍ وَإِنْجِيلٍ عَلَى الْأَصَحِّ . وقيل : إن كان الموصي بذلك كافراً ، صح ، وإلا فلا . وتقدم قريباً ، في فائدة ، هل تُشْتَرَطُ الْقُرْبَةُ فِي الْوَصِيَّةِ أَمْ لَا ؟ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « يميز » ،

وَلَا لِمَلِكٍ ، وَلَا لِمَيْتٍ ، وَلَا لِبَهِيمَةٍ .

المقنع

الشرح الكبير

النبي ﷺ حين رأى مع عمرَ شيئاً مكتوباً من التوراة^(١) . وذكر القاضي أنه لو أوصى لحضر البيع وقناديلها ، وما شاكل ذلك ، ولم يقصد إعظامها بذلك ، صحَّت الوصية ؛ لأنَّ الوصية لأهل الذمَّة ، فإنَّ النَّفْعَ يعودُ إليهم ، والوصية لهم صحيحة . والصحيح أنَّ الوصية لا تصحُّ بهذا ؛ لأنَّ ذلك إنما هو إعانة لهم على مَعْصِيَتِهِمْ ، وتَعْظِيمُ لِكُنَائِسِهِمْ . ونُقِلَ عن أحمد ما يدلُّ على صحة الوصية من الذمِّيِّ بِخِدْمَةِ الْكَنِيسَةِ . والأوَّلُ أَوْلَى وأصحُّ . وإن وصَّى ببناء بيتٍ ليسكنه المُجْتَازُونَ من أهلِ الذمَّةِ وأهلِ الحَرْبِ ، صحَّ ؛ لأنَّ بناءَ مساكنهم ليس بمَعْصِيَةٍ .

فصل : ولا تصحُّ الوصية لكافرٍ بمُضَحَفٍ ولا عبدٍ مسلمٍ ؛ لأنه لا يجوزُ هَبُّهُمَا له ولا يُعْطَاهُ منه . وإن وصَّى له بعبدٍ كافرٍ ، فأُسْلِمَ قبلَ مَوْتِ الموصي ، بطلتِ الوصية ، وإن أُسْلِمَ بعدَ الموتِ وقبلَ القَبُولِ ، وقُلْنَا : إنَّ المِلْكَ إنما ثبتَ حينَ القَبُولِ . بطلتْ ؛ لأنه لا يجوزُ أن يَتَدَيَّ المِلْكَ على مسلمٍ . وإن قلنا : يَثْبُتُ المِلْكَ بالموتِ قبلَ القَبُولِ . فالوصية صحيحة ؛ لأنَّا نَتَبَيَّنُ أنه أُسْلِمَ بعدَ أن ملكه . ويَحْتَمِلُ أن لا يصحَّ أيضًا ؛ لأنه يأتي بسببِ لَوْلَاهُ لم يَثْبُتِ المِلْكَ ، فمَنَعَ منه ، كاتِّدَاءِ المِلْكَ .

٢٧٠٥ - مسألة : (ولا) تصحُّ (لِمَلِكٍ ، ولا لِبَهِيمَةٍ) ولا لِجَنِّيٍّ ؛ لأنه تَمْلِيكٌ ، فلم يصحَّ لهم ، كَالِهَبَةِ (ولا) تصحُّ (لِمَيْتٍ)

قنبيه : قوله : ولا لِبَهِيمَةٍ . إن وصَّى لفرسٍ حَبِيسٍ ، صحَّ ، إذا لم يقصدِ

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه في ٣٨٣/١٦ .

وَإِنْ وَصَّى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَهُ ، فَالْكُلُّ لِلْحَيِّ . وَيَحْتَمِلُ
إِلَّا يَكُونَ لَهُ إِلَّا النُّصْفُ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلِلْحَيِّ نِصْفُ الْمُوصَى
بِهِ .

لذلك . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ ،
صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، وَهِيَ لَوَرَثَتِهِ بَعْدَ قِضَائِ دُيُونِهِ وَتَنْفِيزِ وَصَايَاهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ
نَفْعُهُ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ حَيًّا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى لِمَنْ لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ
لَهُ لَوْ لَمْ يَعْلَمْ حَالَهُ ، فَلَا تَصِحُّ إِذَا عَلِمَ حَالَهُ ، كَالْبَهِيمَةِ ، وَفَارَقَ الْحَيَّ ؛
فَإِنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ لَهُ فِي الْحَالَيْنِ ، [١٩١/٥] وَلَأنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ،
فَلَمْ يَصِحَّ لِلْمَيِّتِ ، كَالْبَهِيَّةِ .

٢٧٠٦ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَهُ ، فَالْكُلُّ
لِلْحَيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ إِلَّا النُّصْفُ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلِلْحَيِّ نِصْفُ
الْمُوصَى بِهِ) إِذَا وَصَّى بِثُلَاثِهِ أَوْ بِمِائَةٍ لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ ، فَلِلْحَيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ ،
سَوَاءً عَلِمَ مَوْتَهُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالْبَصْرِيِّينَ .

تَمْلِيكُهُ ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لِفَرَسٍ زَيْدٍ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ
بِدُونِ قَبُولِ صَاحِبِهَا ، وَيَضُرُّهَا فِي عُلْفِهِ . وَمُرَادُ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، تَمْلِيكُ الْبَهِيمَةِ .
قوله : (وَإِنْ وَصَّى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَهُ ، فَالْكُلُّ لِلْحَيِّ . وَهُوَ أَحَدُ
الْوَجْهَيْنِ . وَنُقِلَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْكَافِي » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ فِي
« النَّظْمِ » . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ

الشرح الكبير

وقال الثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد : إذا قال : هذه المائة لفلان وفلان الميت . فهي للحيّ منهما . وإن قال : بين فلان وفلان . فوافقنا الثوري على أن نصفها للحيّ . وعن الشافعي كالمذهبيّن . وقال أبو الخطاب : عندي إذا علّمه ميتا ، فالكل للحيّ ، وإن لم يعلمه ميتا ، فللحيّ النصف . وقد نقل عن أحمد ما يدلّ على هذا القول ، فإنه قال ، في رواية ابن القاسم : إذا وصّى لفلان وفلان بمائة ، فبان أحدهما ميتا ، فللحيّ خمسون . فقلّ له : أليس إذا قال : ثلثي لفلان وللحائط . أليس كلّ لفلان ؟ قال : وأيّ شيء يشبه هذا ؟ الحائط له ملك ! فعلى هذا ، متى شرك بين من تصحّ الوصية له وبين من لا تصحّ ، مثل أن يوصى لفلان وللملك أو الحائط ، أو لفلان وللميت ، فالموصّى به كلّ لمن تصحّ له ،

له إلا النصف . وهو المذهب . جزم به في « المذهب » وغيره . وقدمه في الإنصاف « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . قال الحارثي : هذا المذهب ، وعليه عامة الأصحاب . حتى أبو الخطاب في « رُعوس المسائل » . ونصّ عليه من رواية ابن منصور . وقال في « الرعاية الكبرى » : وتتوجّه القرعة بين الحيّ والميت .

تنبيه : محلّ الخلاف ، إذا لم يقلّ : هو بينهما . فإنّ قاله ، كان له النصف ، قولاً واحداً .

قوله : وإن لم يعلم ، فللحيّ نصف الموصى به . بلا نزاع .

إذا كان عالمًا بالحال ؛ لأنه إذا شَرَك بينهما في هذه الحال ، عُلِمَ أنه قَصَد بالوصية كلها مَنْ تَصِحُّ الوصيةُ له . وإن لم يَعْلَمْ بالحال ، فَلَمَنْ تَصِحُّ الوصيةُ له نصفُها ؛ لأنه قَصَد إِيصَالَ نصفِها إليه وإلى الآخرِ النِّصْفِ ، ظَنًّا منه أَنَّ الوصيةَ له صحيحةٌ ، فإذا بَطَلَتِ الوصيةُ في حقِّ أحدهما ، صَحَّتْ في حقِّ الآخرِ بِقِسْطِهِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ جَعَلَ الوصيةَ لاثْنَيْنِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أحدهما جَمِيعَها ، كما لو كانا مِمَّنْ تَصِحُّ الوصيةُ لهما فمات أحدهما ، أو كما لو لم يَعْلَمْ الحال . فأما إن وصَّى لاثْنَيْنِ حَيَّيْنِ

فوائد ؛ إحداهما ، لو وصَّى له ولجَبْرِيلَ ، أو له وللحائِطِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، كان له الجميعُ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، نصٌّ عليه . وقَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » ، و « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، وغيرِهِمْ . وقِيلَ : له النِّصْفُ . وهو اِحْتِمَالٌ لِلْقَاضِي . قُلْتُ : هِيَ شَبِيهَةٌ بِالتِّي قَبْلَهَا . الثَّانِيَةُ ، [٢٧٢/٢ ظ] لو وصَّى له وللرُّسُولِ ﷺ بِثُلْثِ مَالِهِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، نصٌّ عليه . وقَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » . وَجَزَمَ بِهِ في « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « التَّلْخِيصِ » . وقِيلَ : الْكُلُّ لَهُ . فعلى المَذْهَبِ ، يُصْرَفُ ما للرُّسُولِ فِي الْمَصَالِحِ . قاله في « الفُرُوعِ » . وقال في « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَاتِقِ » : يُصْرَفُ فِي الْكُرَاعِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْمَصَالِحِ . الثَّالِثَةُ ، لو وصَّى له وَلِلَّهِ ، قُسِمَ نِصْفَانِ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . قَدَّمَهُ في « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَاتِقِ » ، و « الفُرُوعِ » . وقِيلَ : كُلُّهُ لَهُ . كالتِّي قَبْلَهَا . جَزَمَ بِهِ في « الْكَافِي » . الرَّابِعَةُ ، لو وصَّى لَزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ بِثُلْثِهِ ، قُسِمَ بَيْنَ زَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ

وَأَنْ وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلْثِ مَالِهِ، فَرَدَّ الْوَرَثَةُ، فَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ .

الشرح الكبير

فمات أحدهما ، فللآخر نصف الوصية . لا نعلم في هذا خلافاً . ومثله لو بطلت الوصية في حق أحدهما ؛ لردّه لها ، أو لخروجه عن أن يكون من أهلها . ولو قال : أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث - أو - بنصف المائة - أو - بخمسين . لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية ، سواء كان شريكه حياً أو ميتاً ؛ لأنه عيّن وصيته في النصف ، فلم يكن له حق فيما سواه .

٢٧٠٧ - مسألة : (فإن وصّى لوارثه وأجنبٍ) بثلثه ، فأجاز سائر

نصفين ؛ نصفه له ، ونصفه للفقراء . على الصحيح . قدّمه في « الرّعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » . وقال في « الرّعاية الكبرى » : قلت : إذا أوصى لزيد وللفقراء ، فهو كأحدّهم ، فيجوز أن يُعطى أقلّ شيء . انتهى . ولو كان زيد فقيراً ، لم يستحق من نصيب الفقراء شيئاً . نصّ عليه في رواية ابن هانئ ، وعلى بن سعيد . وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . ونقل القاضي الاتفاق على ذلك . مع أن ابن عقيل في « فنونه » حكى عنه ، أنه خرّج وجّها بمشاركتهم إذا كان فقيراً . ذكره في « القاعدة السابعة عشرة بعد المائة » .

قوله : وإن وصّى لوارثه وأجنبٍ بثُلث ماله ، فردّ الورثة ، فللأجنب السُّدُس - بلا نزاع أعلمه - وإن وصّى لهما بثُلثي ماله ، فكذلك عند القاضي . يعني ، إذا ردّ الورثة نصف الوصية ؛ وهو ما جاوز الثلث من غير تعيين ، فيكون للأجنب السُّدُس ، والسُّدُس للوارث . هذا المذهب . جزم به في « الوجيز » وغيره .

المقنع **وَإِنْ وَصَّى لَهُمَا بِثُلُثَيْ مَالِهِ ،**

الورثة وصية الوارث ، فالثلث بينهما نصفين . وإن وصَّى لكل واحد منهما بمُعَيَّنٍ قِيمَتُهُمَا الثُّلُثُ ، فأجاز سائر الورثة وصية [١٩١/٥ ط] الوارث ، جازت الوصيتان لهما . وإن ردُّوا ، بطلت وصية الوارث في المسألتين ، وللأجنبي السُّدُسُ في الأولى ، والمُعَيَّنُ الموصى له به في الثانية . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم .

الشرح الكبير

٢٧٠٨ - مسألة : (وإن وصَّى لهما بثلثي ماله) وأجاز الورثة لهما ، جازت . وإن عيَّنوا نصيب الوارث بالردِّ وحده ، فللأجنبي الثُّلُثُ كاملاً ؛ لأنهم خصَّوا الوارث بالإبطال ، فالثلث كله للأجنبي ، وسقطت وصية الوارث ، فصار كأنه لم يوص له . وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما ، فالثلث الباقي بين الوصيين ، لكل واحد منهما

وقدَّمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن منجي » . واختاره ابن عقيل . وعند أبي الخطاب ، له الثلث كله ، كما لو ردَّ الوارث وصيته . وقيل : السُّدُسُ للأجنبي ، ويطلُّ الباقي ، فلا يستحقُّ الوارث فيه شيئاً .

الإنصاف

فوائد : إحداهما ، لو ردُّوا نصيب الوارث ، كان للأجنبي الثُّلُثُ كاملاً . على الصحيح من المذهب . قدَّمه في « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . وقيل : له السُّدُسُ . وردَّه بعضهم . الثانية ، لو أجازوا للوارث وحده ، فله الثلث ، بلا نزاع . وكذا إن أجازوا^(١) للأجنبي وحده ، فله الثلث .

(١) في الأصل ، ط : « أجاز » .

فَكَذَلِكَ [١٦٤ ط] عِنْدَ الْقَاضِي . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَهُ الْمَقْنَعُ
الثُّلُثُ كُلُّهُ .

الشرح الكبير

السُّدُسُ . وهذا الذي ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وهو قول مالك ، والشافعي ؛ لأنَّ الْوَارِثَ يُزَاحِمُ الْأَجْنَبِيَّ إِذَا أَجَازَ الْوَرِثَةُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الثُّلُثُ ، فَإِذَا أَبْطَلُوا نِصْفَهُمَا بِالرَّدِّ ، كَانَ الْبُطْلَانُ رَاجِعًا إِلَيْهِمَا ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُمَا بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَلَفَ ذَلِكَ بِغَيْرِ الرَّدِّ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ الثُّلُثَ جَمِيعُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ . وَحُكِيَ نَحْوُهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى إِبْطَالِ الثُّلُثِ فَمَا دُونَ إِذَا كَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ ، وَلَوْ جَعَلْنَا الْوَصِيَّةَ بَيْنَهُمَا لَمَلَكُوا إِبْطَالَ مَا زَادَ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ صَرَّحَ الْوَرِثَةُ بِذَلِكَ ، فَقَالُوا : أَجْزَأُ الثُّلُثَ لَكُمَا ، وَرَدَدْنَا مَا زَادَ عَلَيْهِ مِنْ وَصِيَّتِكُمَا . أَوْ قَالُوا : رَدَدْنَا مِنْ وَصِيَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا نِصْفَهَا ، وَبَقِيْنَا لَهُ نِصْفَهَا . كَأَنَّ ذَلِكَ آكَدٌ فِي جَعْلِ السُّدُسِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِتَضَرِيحِهِمْ بِهِ . وَإِنْ قَالُوا : أَجْزَأُ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ كُلِّهَا ، وَرَدَدْنَا وَصِيَّةَ الْأَجْنَبِيِّ . فَهُوَ عَلَى مَا قَالُوا ؛ لِأَنَّ لَهُمْ أَنْ يُجِيزُوا لَهَا وَأَنْ يَرُدُّوا عَلَيْهَا ، فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يُجِيزُوا لِأَحَدِهِمَا وَيَرُدُُّوا عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ أَجَازُوا لِلْأَجْنَبِيِّ جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ وَرَدُّوا عَلَى الْوَارِثِ نِصْفَ وَصِيَّتِهِ ، جَازَ ،

الإنصاف

عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » . وَقِيلَ : لَهُ السُّدُسُ فَقَطْ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ رَدُّوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، وَنِصْفَ وَصِيَّةِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَلَهُ السُّدُسُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ يَنْزِعُ إِلَى قَوْلِ الْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » وَغَيْرِهَا . وَقِيلَ : لَهُ الثُّلُثُ . وَهُوَ يَنْزِعُ إِلَى قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ .

المقنع وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لِابْنَتِهِ وَأُجْنَبِيٍّ ، فَرَدًّا وَصِيَّتُهُ ، فَلَهُ التُّسْعُ

الشرح الكبير

كما قلنا . وإن أرادوا أن يَنْقُصُوا الْأُجْنَبِيَّ عَنْ نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، لم يَمْلِكُوا ذلك ، سواءً أجازوا للوارث أو ردُّوا عليه . فإن ردُّوا جَمِيعَ وَصِيَّةِ الْوَارِثِ وَنِصْفَ وَصِيَّةِ الْأُجْنَبِيِّ ، فعلى قولِ الْقَاضِي ، لهم ذلك ؛ لأنَّ لهم أن يُجِيزُوا الثُّلْثَ لهما ، فَيَشْتَرِكَا فِيهِ ، ويكونُ لكلٍّ واحدٍ منهما نِصْفُهُ ، ثم إذا رَجَعُوا فيما للوارث ، لم يَزِدِ الْأُجْنَبِيُّ عَلَى ما كان له في حالةِ الإجازةِ للوارث . وعلى قولِ أَبِي الْخَطَّابِ ، يَتَوَفَّرُ الثُّلْثُ كُلُّهُ لِلأُجْنَبِيِّ ؛ لأنَّهُ إِنَّمَا يُنْتَقَصُ^(١) منه بِمُزَاخَمَةِ الْوَارِثِ ، فإذا زالتِ الْمُزَاخَمَةُ ، وَجَبَ تَوْفِيرُ الثُّلْثِ عَلَيْهِ ؛ لأنَّهُ قد أَوْصَى لَهُ بِهِ .

٢٧٠٩ - مسألة : (ولو وَصَّى بِمَالِهِ لِابْنَتِهِ وَأُجْنَبِيٍّ) [١٩٢/٥ د]
فَرَدُّوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، فهو على ما قال ، وإن أجازوا للوارث ، فالثُّلْثُ بينهما ؛ لأنَّ الوصيةَ تَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ . ولو قال : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلْثِي ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلِي فهو لِفُلَانٍ . صَحَّ . فإن وَصَّى لوارثه ، فأجاز بعضُ باقِي الْوَرِثَةِ الوصيةَ دُونَ الْبَعْضِ ، نَفَذَ فِي نَصِيبِ مَنْ أَجَازَ وَحْدَهُ . وإن أجازوا بعضَ الوصيةِ دُونَ بعضٍ ، نَفَذَتْ فيما أجازوا دُونَ ما لم يُجِيزُوا . وإن أَجَازَ بَعْضُهُمْ بعضَ الوصيةِ ، وَأَجَازَ بَعْضُهُمْ جَمِيعَهَا أو ردُّوها ، فهو على

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لِابْنَتِهِ وَأُجْنَبِيٍّ ، فَرَدًّا وَصِيَّتُهُ ، فله التُّسْعُ عِنْدَ الْقَاضِي . وهو الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) في م : « ينقص » .

عِنْدَ الْقَاضِي ، وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ لَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ الْمَنَعِ
وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ بِثُلُثِهِ ، فَلِزَيْدٍ الثُّسْعُ .

الشرح الكبير

مَا فَعَلُوا مِنْ ذَلِكَ . فَلَوْ خَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، وَعَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَوَصَّى
بِهِ لِأَحَدِهِمْ ، أَوْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَأَجَازَ لَهُ أَخَوَاهُ ، فَهُوَ لَهُ ،
وَأِنْ أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا وَحْدَهُ ، فَلَهُ ثُلُثَاهُ ، وَإِنْ أَجَازَ^(١) لَهُ نِصْفَ الْعَبْدِ ، فَلَهُ
نِصْفُهُ ، وَلَهُمَا نِصْفُهُ ، وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا لَهُ نِصْفَ نَصِيبِهِ وَرَدَّ الْآخَرَ ، فَلَهُ
النِّصْفُ ، الثُّلُثُ بِنَصِيبِهِ وَالسُّدُسُ مِنْ نَصِيبِ الْمُجِيزِ ، وَإِنْ أَجَازَ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لَهُ نِصْفَ نَصِيبِهِ ، كَمَلَّ لَهُ الثُّلُثَانِ ، وَإِنْ أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا نِصْفَ نَصِيبِهِ ،
وَالْآخَرُ ثُلُثُهُ ، أَوْ بَاعَ نَصِيبَهُ ، كَمَلَّ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ . وَإِنْ وَصَّى بِالْعَبْدِ
لِاثْنَيْنِ مِنْهُمَا ، فَلِلثَّالِثِ أَنْ يُجِيزَ لهما أَوْ يَرُدَّ عَلَيْهِمَا ، أَوْ يُجِيزَ لهما بَعْضَ
وَصِيَّتِهِمَا ، إِنْ شَاءَ مَتَسَاوِيًا ، وَإِنْ شَاءَ مُتَفَاضِلًا ، أَوْ يَرُدَّ عَلَى أَحَدِهِمَا وَيُجِيزَ
لِلْآخَرِ وَصِيَّتَهُ كُلَّهَا أَوْ بَعْضَهَا ، أَوْ يُجِيزَ لِأَحَدِهِمَا جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ وَلِلْآخَرِ
بَعْضَهَا ، فَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَكَيْفَمَا شَاءَ فَعَلَ فِيهِ .

٢٧١٠ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ بِثُلُثِهِ ،
فَلِزَيْدٍ الثُّسْعُ) وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ ، لِزَيْدٍ الْخُمْسُ ،

الإنصاف

« الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَهُ
الثُّلُثُ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَهُوَ أَقْسُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَكُونَ لَهُ السُّدُسُ ؛ جَعَلَا لهما صِنْفًا .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ بِثُلُثِهِ ، فَلِزَيْدٍ الثُّسْعُ . وَالْبَاقِي

(١) ق م : « أَجَازَ » .

وللفُقراءِ الخُمسانِ ، وللمساكينِ الخُمسانِ ؛ لأنَّ أَقْلَ الجَمْعِ اثنانِ .
ولأَصحابِ الشافعيِّ وَجْهانِ ؛ أَحَدُهُما ، كَقَوْلِنا . والثاني ، له السَّبْعُ ؛
لأنَّ أَقْلَ الجَمْعِ ثلاثةٌ ، فإذا انْضَمَّ إليهم صاروا سَبْعَةً . ولنا ، أَنَّهُ وَصَّى
لثلاثِ جِهاتٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَسَمَ بَيْنَهُم بالسَّوِيَّةِ ، كما لو وَصَّى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو
وخالِدٍ . وإن كان زَيْدٌ مَسْكِينًا ، لم يُدْفَعْ إليه مِنْ سَهْمِ الْمَساكينِ شيءٌ .
وبه قال الحسنُ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ عَطْفَهُمْ عليه يَدُلُّ على الْمُغَايَرَةِ بَيْنَهُمْ ،
إِذ الظَّاهِرُ بَيْنَ الْمَعْطُوفِ وَالْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ الْمُغَايَرَةُ^(١) ، ولأنَّ تَجْوِيزَ ذَلِكَ

الشرح الكبير

لهما . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال في «الرَّعايَةِ» : قلتُ : يَحْتَمِلُ أَنْ
له السُّدُسُ ؛ لأنَّهُما هُنا صِنْفٌ . انتهى . قلتُ : يَتَخَرَّجُ فِيهِ أَيْضًا ، أَنْ يَكُونَ
كَأَحَدِهِمْ ، فَيُعْطَى أَقْلُ شَيْءٍ . كما قاله صَاحِبُ «الرَّعايَةِ» ، على ما تَقَدَّمَ قَرِيبًا .
فَوَائِدُ ؛ الأولى ، لو وَصَّى له وإِخْوَتُهُ بِثُلْثِ مالِهِ ، فهو كأَحَدِهِمْ . قَدَّمَهُ في
«الرَّعايَةِ الْكُبْرَى» ، وقال : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ النُّصْفُ وَلَهُمُ النُّصْفُ . قال الحارِثِيُّ :
أَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ ، أَنَّ لَهُ النُّصْفَ . وقال في «الْفُرُوعِ» : وَلَوْ وَصَّى له وَلِلْفُقَرَاءِ
بِثُلْثِهِ ، فَنِصْفَانِ . وقيل : هو كأَحَدِهِمْ ، كُلُّهُ وإِخْوَتُهُ في وَجْهِ . فظاهِرُ ما قَدَّمَهُ أَنَّ
يَكُونُ لَهُ النُّصْفُ . وهو اِحْتِمَالٌ في^(٢) «الرَّعايَةِ» . وهو المذهبُ . وتَقَدَّمَ قَرِيبًا ،
إِذَا وَصَّى له وَلِلْفُقَرَاءِ ، أَوْ له وَلِلَّهِ ، أَوْ له وَلِلرُّسُولِ ، وما أَشَبَهُ ذَلِكَ . الثَّانِيَةُ ، لو
وَصَّى بِدَفْنِ كُتُبِ الْعِلْمِ ، لم تُدْفَنْ . قاله الإمامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وقال : ما
يُعْجِبُنِي . ونقل الأثرُ ، لا بَأْسَ . ونقلَ غَيْرُهُ ، يُحْسَبُ مِنْ ثُلْثِهِ . وعنه ، الْوَقْفُ .

الإتصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ط .

يُفَضِّلُ إِلَى تَجْوِيزِ دَفْعِ نَصِيبِ الْمَسَاكِينِ كُلِّهِ إِلَيْهِ ، وَلَفْظُهُ يَقْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ وَحَضْرَهُمْ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : هَذَا لِزَيْدٍ وَإِخْوَتِهِ . فَهِيَ كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَأَحَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ شَرَكُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ الْإِخْلَالُ بَعْضُهُمْ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : هَذَا لَكُمْ .

قال الخَلَالُ : الْأَخْوَاطُ دَفَنُهَا . الثَّالِثَةُ ، لَوْ وَصَّى بِإِخْرَاقِ ثُلُثِ مَالِهِ ، صَحَّ ، وَصُرِفَ فِي تَجْمِيرِ الْكَعْبَةِ ، وَتَنْوِيرِ الْمَسَاجِدِ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الَّذِي يَنْبَغِي ، أَنْ يَنْظَرَ فِي الْقَرَائِنِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرِ ، وَنَحْوِهِمْ ، صُرِفَ فِي ذَلِكَ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِقَوْمٍ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْجَوَازِيِّ : لَوْ وَصَّى بِجَعْلِ ثُلُثِهِ فِي الثَّرَابِ ، صُرِفَ فِي تَكْفِينِ الْمَوْتَى . وَلَوْ وَصَّى بِجَعْلِهِ فِي الْمَاءِ ، صُرِفَ فِي عَمَلِ سُفْنٍ لِلْجِهَادِ . قُلْتُ : وَهَذَا مِنْ جِنْسِ مَا قَبْلَهُ . وَقَالَ ابْنُ الْجَوَازِيِّ ، إِمَّا مِنْ عِنْدِهِ ، وَإِمَّا حِكَايَةً عَنِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَلَمْ يُخَالِفْهُ : لَوْ أَنَّ رَجُلًا وَصَّى بِكُتُبِهِ مِنَ الْعِلْمِ لِآخَرٍ ، فَكَانَ فِيهَا كُتُبُ الْكَلَامِ ، لَمْ تَدْخُلْ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْعِلْمِ . وَهُوَ صَحِيحٌ .

بَابُ الْمُوصَى بِهِ

تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ كَالْآبِقِ ، وَالشَّارِدِ ،
وَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ،
وَبِالْمَعْدُومِ ؛ كَالَّذِي تَحْمِلُ أُمُّهُ أَوْ شَجَرَتُهُ أَبَدًا ، أَوْ فِي مُدَّةٍ
مُعَيَّنَةٍ .

بَابُ الْمُوصَى بِهِ [١٩٢/٥ ظ]

(تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ كَالْآبِقِ ، وَالشَّارِدِ ، وَالطَّيْرِ
فِي الْهَوَاءِ ، وَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِذَا
صَحَّتْ بِالْمَعْدُومِ ، فَبغیره أَوْلَى ، وَلِأَنَّهَا أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْمِيرَاثِ ، وَهَذَا
يُورَثُ ، فَيُوصَى بِهِ . فَإِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ ، أَخَذَهُ وَسَلَّمَهُ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ،
وَلِلْوَصِيِّ السَّغَى فِي تَحْصِيلِهِ ، فَإِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ ، أَخَذَهُ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ .

فصل : وَتَصِحُّ بِالْحَمْلِ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا ، بَأَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، أَوْ حَمْلًا
بِهَيْمَةٍ مَمْلُوكَةٍ ؛ لِأَنَّ الْغَرَرَ وَالْخَطَرَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى
إِعْتَاقِ الْحَمْلِ . فَإِنْ انفصل ميتًا ، بطلت الوصية ، وإن خرج حيًّا وعلمنا
وُجُودَهُ حَالِ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
كَذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ ؛ لَجَوَازِ حَدُوثِهِ .

٢٧١١ - مسألة : (و) تَصِحُّ (بِالْمَعْدُومِ) فَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ

بَابُ الْمُوصَى بِهِ [٢٧٣/٢ و]

قوله : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَعْدُومِ ، كَالَّذِي تَحْمِلُ أُمُّهُ ، أَوْ شَجَرَتُهُ أَبَدًا ، أَوْ مُدَّةً

فَإِنْ حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ فَهُوَ لَهُ ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ
وَصَّى لَهُ بِمِائَةٍ لَا يَمْلِكُهَا ، صَحَّ . فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهَا عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ
عَلَى شَيْءٍ مِنْهَا ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير لك بما تحمِلُ جارِيتي هذه - أو - ناقتي هذه - أو - نخلتني هذه . صَحَّ ؛
لِإِذَا ذَكَّرْنَا مِنْ صِحَّتِهَا مَعَ الْعَرَرِ ، سَوَاءٌ وَصَّى بِمَا تَحْمِلُهُ أَبَدًا أَوْ مُدَّةً بَعَيْنِهَا ؛
لَأَنَّ الْمَعْدُومَ يَجُوزُ أَنْ يُمْلِكَ بِالسَّلَامِ وَالْمُسَاقَاةِ ، فَجَازَ أَنْ يُمْلِكَ بِالْوَصِيَّةِ
(فَإِنْ حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ) لِأَنَّ الْمُوصَى بِهِ عُدِمَ ،
فَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْمَوْهُوبِ إِذَا عُدِمَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ كَالْهِبَةِ (وَإِنْ وَصَّى
لَهُ بِمِائَةٍ لَا يَمْلِكُهَا ، صَحَّ . فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهَا عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ عَلَى شَيْءٍ مِنْهَا ،
وَإِلَّا بَطَلَتْ) لِإِذَا ذَكَّرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .

مُعَيَّنَةٌ - هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ - فَإِنْ حَصَلَ شَيْءٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِلَّا
بَطَلَتْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُعْتَبَرُ إِمَّا كَانَ الْمُوصَى بِهِ . وَفِي « التَّرْغِيبِ »
وغيره ، واختصاصه . فَلَوْ وَصَّى بِمَالٍ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، وَلَوْ مَلَكَهُ بَعْدُ . وَتَصَحَّ
بِزَوْجَتِهِ ، وَوَقْتُ فُسْخِ النِّكَاحِ ، فِيهِ الْخِلَافُ . وَبِمَا تَحْمِلُ شَجَرَتَهُ أَبَدًا ، أَوْ إِلَى
مُدَّةٍ ، وَلَا يَلْزَمُ الْوَارِثُ السَّقْيُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ تَسْلِيمَهَا ، بِخِلَافِ مُشْتَرٍ . وَمِثْلُهُ
بِمِائَةٍ لَا يَمْلِكُهَا إِذَنْ . وَفِي « الرُّوَصَةِ » ، إِنْ وَصَّى بِمَا تَحْمِلُ هَذِهِ الْأَمَةُ ، أَوْ هَذِهِ
النَّخْلَةُ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَعْدُومٍ . وَالْأَشْهُرُ ، وَبَحْمَلِ أُمِّهِ ، وَيَأْخُذُ قِيَمَتَهُ .
نَصَّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : وَيُدْفَعُ أَجْرَةُ حَضَانَتِهِ . انْتَهَى كَلَامُ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » .
وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِحَمَلِ أُمِّهِ .

المقنع
وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ ؛ كَالْكَلْبِ ، وَالزَّيْتِ
النَّجَسِ .

٢٧١٢ - مسألة : (وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ ؛
كَالْكَلْبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجَسِ) تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْكَلْبِ الْمُبَاحِ اقْتِنَاؤُهُ ؛
كَكَلْبِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ وَالْحَرْبِ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ ، وَتُقَرُّ الْيَدُ عَلَيْهِ ،
وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُغُ ، فَصَحَّتْ فِي الْمَالِ وَفِي غَيْرِ الْمَالِ ، كَالْهَبَةِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا
لَا يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، سَوَاءً قَالَ : كَلْبًا مِنْ كَلَابَى - أَوْ -
مِنْ مَالِي . لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَلْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا
أَوْصَى لَهُ بِشَاةٍ وَلَا سِوَاهُ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ تَخْصِيلَهَا بِالشُّرَاءِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ
كَلْبٌ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ ، فَلَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ، فَقَدْ قِيلَ :
لِلْمُوصَى لَهُ جَمِيعُ الْكَلْبِ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ قَلِيلَ الْمَالِ خَيْرٌ مِنَ الْكَلْبِ ؛
لِكُونِهِ لَا قِيَمَةَ لَهُ . وَقِيلَ : لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ ثُلُثُهُ وَإِنْ كَثُرَ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَ
الْوَصِيَّةِ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ ثُلُثًا التَّرِكَةَ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَيْسَ فِي التَّرِكَةِ شَيْءٌ مِنْ جِنْسِ
الْمُوصَى بِهِ .

الإصناف
قوله : وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ ؛ كَالْكَلْبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجَسِ ، فَإِنْ
لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ - يَعْنِي ، إِذَا لَمْ تُجْزِ الْوَرَثَةُ ، وَهَذَا بِلَا
نِزَاعٍ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَإِنْ قَلَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ،
وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ التُّسَخُّةُ مَغْلُوطَةً . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ وَفِي الْآخِرِ لَهُ

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى مَالٌ فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ ، لَمْ تَصِحَّ [١٦٥] الْوَصِيَّةُ بِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِكِلَابِهِ وَآخَرَ [١٩٣/٥] بِثُلْثِ مَالِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالكِلَابِ ثُلُثُهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ مَا حَصَلَ لِلْوَرِثَةِ ^(١) مِنْ ثُلْثِي الْمَالِ قَدْ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنْ حَقِّ الْمُوصَى لَهُ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِمْ فِي حَقِّ الْكِلَابِ . وَلَوْ وَصَّى بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُوصَ بِالْكِلَابِ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَلَمْ يُحْتَسَبْ بِالْكِلَابِ عَلَى الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ . وَإِذَا قُسِمَتِ الْكِلَابُ بَيْنَ الْوَارِثِ

ثُلُثُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَاخْتَارَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَحْتَمِلُ وَجْهًا ثَالِثًا ، وَهُوَ أَنْ يُضَمَّ إِلَى الْمَالِ بِالْقِيَمَةِ ، فَتَقْدَرُ الْمَالِيَّةُ فِيهِ ، كَتَقْدِيرِهَا فِي الْجُزْءِ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ كَأَنَّهُ مَالٌ . قَالَ : وَهَذَا أَصَحُّ .

فَوَائِدُ : إِخْدَاهَا ، الْكَلْبُ الْمُبَاحُ النَّفْعُ ؛ كَلْبُ الصَّيْدِ ، وَالْمَاشِيَةِ ، وَالزَّرْعِ ، لَا غَيْرُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْأَشْهُرُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فِي الصَّيْدِ . وَقِيلَ : أَوِ الْبُسْتَانِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، فِي آدَابِهِمَا . وَقِيلَ : وَكَلْبُ الْبُيُوتِ أَيْضًا . وَهُوَ أَحْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ ، فَعَلِيهِ تَصِحُّ

(١) فِي م : « الْوَرِثَةِ » .

والْمُوصَى لَهُ ، أَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ مُوصَى لهما بها ، قُسِمَتْ عَلَى عَدَدِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا قِيَمَةَ لَهَا ، فَإِنْ تَشَاخَوْا فِي بَعْضِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمْ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ^(١) ، وَلَهُ كِلَابٌ يُبَايِعُ اتِّخَاذُهَا ، كِكِلَابِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ وَالْحَرْثِ ، فَلَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا أَحَبَّ الْوَرِثَةُ ، عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ يُبَايِعُ اتِّخَاذُهُ ، وَكَلْبٌ هِرَاشٍ^(٢) ، فَلَهُ الْكَلْبُ الْمُبَايِعُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ^(٣) عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ لِلْمُوصَى لَهُ بِكَلْبٍ مَا أَحَبَّ الْوَرِثَةُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْجَرِّ الصَّغِيرِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَتَصِحُّ فِي الْآخَرِ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ اقْتِنَائِهِ وَتَرْبِيَّتِهِ لِلصَّيْدِ ، وَقَدْ سَبَقَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ^(٤) .

الْوَصِيَّةُ أَيْضًا . وَأَمَّا الْجَرُّ الصَّغِيرُ ، فَيُبَايِعُ تَرْبِيَّتُهُ لِمَا يُبَايِعُ اقْتِنَاؤُهُ لَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصَّغْرَى » فِي آدَابِهَا ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ . وَقِيلَ : لَا تَجُوزُ تَرْبِيَّتُهُ ، فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . أَمَّا إِنْ كَانَ عِنْدَهُ مَا يَصِيدُ بِهِ ، وَلَمْ يَصِدْ بِهِ ، أَوْ يَصِيدُ بِهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَى الصَّيْدِ ، أَوْ لِحِفْظِ مَاشِيَةٍ ، أَوْ زَرْعٍ ، إِنْ حَصَلَ ، فَخِلَافٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . ذَكَرَهُ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » اِخْتِمَالَيْنِ مُطْلَقَيْنِ . ذَكَرَهُ فِي الْبَيْعِ . قُلْتُ : الَّذِي يَظْهَرُ ، أَنَّ ذَلِكَ كَالْجَرِّ الصَّغِيرِ . وَقَدَّمُ فِي « الْكَافِي » الْجَوَازَ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ

(١) فِي النسخ : « كَلَاب » . وَانظر المعنى ٥٦٩/٨ .

(٢) فِي م : « هِرَاس » . وَالْهَرَاشُ : التَّحْرِيشُ بَيْنَ الْكِلَابِ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) انظر ما تقدم فِي ٤٧/١١ .

وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَالْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَنَحْوَهُمَا .
المنع

الشرح الكبير
فصل : فَأَمَّا الزَّيْتُ النَّجِسُ ، فَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِ الْاِسْتِصْبَاحِ بِهِ ، فَهُوَ
كَالْكَلْبِ الَّذِي يُبَاحُ اتِّخَاذُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ . لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ
لَيْسَ فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ ، أَشْبَهَ الْخِنْزِيرَ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْخِنْزِيرِ ، وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ السَّبَاعِ الَّتِي لَا
تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ؛ كَالْأَسَدِ ، وَالذِّئْبِ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهَا . وَلَا تَصِحُّ بِشَيْءٍ
لَيْسَ فِيهِ مَنَفْعَةٌ مُبَاحَةٌ مِنْ غَيْرِهَا (كَالْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَنَحْوَهُمَا) لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ
تَمْلِكُ ، فَلَا تَصِحُّ بِذَلِكَ ، كَالِهَبَةِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ ، فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ
بِهِ ، كَالْخِنْزِيرِ .

الإنصاف
رَزَيْنِ ، وَجَعَلَ فِي « الرَّعَايَةِ » الْكَلْبَ الْكَبِيرَ ، الَّذِي لَا يَصِيدُ بِهِ لَهْوًا ، كَالْجَرَوِ
الصَّغِيرِ ، وَأَطْلَقَ الْخِلَافَ فِيهِ . وَجَزَمَ بِالْكَرَاهَةِ فِي « آدَابِ الرَّعَايَتَيْنِ » . وَقَالَ فِي
« الْوَاضِحِ » : الْكَلْبُ لَيْسَ مِمَّا يَمْلِكُهُ . وَفِي طَرِيقَةٍ بَعْضُ الْأَصْحَابِ ، إِنَّمَا يَصِحُّ
لِمَلِكِ الْيَدِ الثَّابِتِ لَهُ ، كَخَمْرِ تَخَلَّلَ ، وَلَوْ مَاتَ مَنْ فِي يَدِهِ خَمْرٌ ، وَرِثَ عَنْهُ ،
فَلِهَذَا يُورَثُ الْكَلْبُ ؛ نَظَرًا إِلَى الْيَدِ حِسًّا . الثَّانِيَةُ ، تُقَسِّمُ الْكِلَابُ الْمُبَاحَةَ بَيْنَ
الْوَرَثَةِ ، وَالْمَوْصَى لَهُ ، وَالْمَوْصَى لَهَا ، بِالْعَدَدِ ، فَإِنْ تَشَاخَوْا ، فَبِقُرْعَةٍ . وَيَأْتِي
فِي بَابِ الصَّيْدِ ، تَحْرِيمُ اقْتِنَاءِ الْكَلْبِ الْأَسْوَدِ الْبَهِيمِ ، وَجَوَازُ قَتْلِهِ ، وَكَذَا الْكَلْبُ
الْعَقُورُ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ أَوْصَى لَهُ بِكَلْبٍ ، وَلَهُ كِلَابٌ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : لَهُ
أَحَدُهَا ^(١) بِالْقُرْعَةِ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَعَنْهُ ، بَلْ مَا شَاءَ
الْوَرَثَةُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ . وَأَطْلَقَهُمَا الْحَارِثِيُّ .

(١) فِي ط : « أَحَدُهَا » .

المقنع
وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَجْهُولِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَشَاةٍ ، وَيُعْطَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ
الاسْمُ .

الشرح الكبير
٢٧١٣ - مسألة : (وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَجْهُولِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَشَاةٍ)
لأنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ بِالْمَعْدُومِ ، فَالْمَجْهُولُ بِطَرِيقِ الْأُولَى ، وَلأنَّ الْمَجْهُولَ
يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْمَعْلُومِ . وَيُعْطِيهِ الْوَرِثَةُ مَا
شَاءُوا مِمَّا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، كَمَا كَوَّأَقَرُّ لَهُ بَعْدُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
لَهُ عَبِيدٌ اشْتَرَى لَهُ مَا يُسَمَّى عَبْدًا ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ أَعْطَاهُ الْوَرِثَةُ مَا شَاءُوا ؛
لِإِذَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْطِيهِ الْوَرِثَةُ مَا شَاءُوا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى .
[١٩٣/٥ ط] قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا ذَكَرًا ؛
فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَّقَ بَيْنَ الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ بِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى
مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(٢) . وَالْمَعْطُوفُ يُغَايِرُ

الإنصاف
تنبیه : أَفَادَنَا الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، بِقَوْلِهِ : وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ ،
كَالزَّيْتِ النَّجَسِ . أَنَّ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ الْاِسْتِصْبَاحِ بِهِ^(٣) . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ،
عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ الْجَوَازِ ، فَمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ ، فَلَا
تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا .
وظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » الْإِطْلَاقُ ، وَإِنَّمَا جَعَلَ التَّقْيِيدَ بِمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ
مِنْ عِنْدِهِ .

قوله : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَجْهُولِ ؛ كَعَبْدٍ وَشَاةٍ - بلا نزاع - وَيُعْطَى مَا يَقَعُ

(١) في : المغنى ٥٦٦/٨ ، ٥٦٧ .

(٢) سورة النور ٣٢ .

(٣) زيادة من : ١ .

فَإِنْ اِخْتَلَفَ الْاِسْمُ بِالْحَقِيقَةِ وَالْعُرْفِ ؛ كَالشَّاعِ فِي الْعُرْفِ الْمُنْعَى
لِلْاُنْثَى ، وَالْبَعِيرُ وَالثَّورُ هُوَ فِي الْعُرْفِ لِلذَّكَرِ وَحَدَهُ ، وَفِي الْحَقِيقَةِ
لِلذَّكَرِ وَالْاُنْثَى ، غُلِبَ الْعُرْفُ . وَقَالَ اَصْحَابُنَا : تُغْلِبُ الْحَقِيقَةُ .

الْمَعْطُوفُ عَلَيْهِ ظَاهِرًا ، وَلَآئِهٖ فِي الْعُرْفِ كَذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يُفْهَمُ مِنْ اِطْلَاقِ
اسْمِ الْعَبْدِ اِلَّا الذَّكَرُ . ^(١) لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ شِرَاءُ أُمَةٍ ،
وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِأُمَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ اِلَّا اُنْثَى . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ خُنْثَى
مُشْكِلاً ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ كَوْنُهُ ذَكَرًا وَلَا اُنْثَى . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِوَاحِدٍ مِنْ رَقِيقَةٍ ،
أَوْ بِرَأْسٍ مِمَّا مَلَكَتْ يَمِينُهُ ، دَخَلَ فِي وَصِيَّتِهِ الذَّكَرُ وَالْاُنْثَى وَالْخُنْثَى .

٢٧١٤ - مَسْأَلَةٌ : (فَإِنْ اِخْتَلَفَ الْاِسْمُ بِالْحَقِيقَةِ وَالْعُرْفِ ، كَالشَّاعِ
فِي الْعُرْفِ) اسْمٌ (لِلْاُنْثَى ، وَالْبَعِيرُ وَالثَّورُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ ، غُلِبَ الْعُرْفُ)
فِي اخْتِيَارِ شَيْخِنَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُتَكَلِّمَ إِنَّمَا يَتَكَلَّمُ بِعُرْفِهِ ، وَلَا يُرِيدُ
إِلَّا مَا يَفْهَمُهُ أَهْلُ بَلَدِهِ (وَقَالَ اَصْحَابُنَا : تُغْلِبُ الْحَقِيقَةُ) وَلِهَذَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ
كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى وَكَلَامُ رَسُولِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا وَصَّى لَهُ بِشَاةٍ ، يَتَنَاوَلُ الصَّانَ

إِلَيْنَا عَلَيْهِ الْاِسْمُ ، فَإِنْ اِخْتَلَفَ الْاِسْمُ بِالْحَقِيقَةِ وَالْعُرْفِ ، كَالشَّاعِ ، هِيَ فِي الْعُرْفِ
لِلْاُنْثَى - يَعْنِي ، الْاُنْثَى الْكَبِيرَةُ - وَالْبَعِيرُ وَالثَّورُ ، هُوَ فِي الْعُرْفِ لِلذَّكَرِ - يَعْنِي ،
الذَّكَرُ الْكَبِيرُ - وَحَدَهُ ، وَفِي الْحَقِيقَةِ لِلذَّكَرِ وَالْاُنْثَى ، غُلِبَ الْعُرْفُ . هَذَا اخْتِيَارُ
الْمُصَنِّفِ . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » أَنَّ
الشَّاعَ لِلْاُنْثَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، فِي الْبَعِيرِ وَالثَّورِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : الْعَبْدُ
لِلذَّكَرِ الْمَعْرُوفِ . وَقَدَّمَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي بَابِ الْوَقْفِ ، وَالْحَارِثِيُّ هُنَا . وَعِنْدَ

(١) فِي م : ١ فَاِنَّهُ .

والمَعَز . قال أصحابنا : ويتناول الصَّغِيرَة والكَبِيرَة ، « والذَّكَر »
والأنثى ؛ لأنَّ اسْمَ الشَّاةِ يتناولُ جميعَ ذلك ؛ بدليل قول النبي ﷺ :
« فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً »^(١) . يُريدُ الذُّكُورَ والإناثَ ، والصَّغَارَ والكِبَارَ .
وقال شيخنا^(٢) : لا يتناولُ إلا أنثى كَبِيرَة ، إلا أن يكونَ في عُرْفِهِم في بَلَدٍ
يتناولُ ذلك ، فأما مَنْ لا يتناولُ عُرْفُهُم إلا الإناثَ ، فإن وصيته لا تتناولُ
إلا ما يُسمَّى في عُرْفِهِم ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . والكَبَشُ الذَّكَرُ الكَبِيرُ مِنَ الضَّائِرِ .
والنَّيْسُ لا يَقَعُ إلا على الذَّكَرِ الكَبِيرِ مِنَ المَعَزِ . فإن وصى بعشرةٍ مِنَ
الغَنَمِ ، تناولَ عَشْرَةً مِنَ الذُّكُورِ والإناثِ ، والصَّغَارِ والكِبَارِ .

فصل : وإن وصى بجَمَلٍ ، فهو الذَّكَرُ ، وإن وصى بَنَاقَةٍ ، فهي
الأنثى . وإن قال : عَشْرَةً مِنْ إِبِلٍ . وَقَعَ على الذَّكَرِ والأنثى جَمِيعًا .
ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ قَالَ : عَشْرَةً . بالهاءِ ، فهي للذُّكُورِ . وإن قال : عَشْرٌ .

القاضى وغيره ، لا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ ذَكَرًا . وقال في « الفروع » ، في الوَقْفِ ، فيما
إذا أوصى بَعْدَ : في أجزاءٍ خُتِنَى غير مُشْكِلَةٍ وَجْهَانِ . جَزَمَ الحَارِثِيُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ
فِي مُطْلَقِ الْعَبْدِ . وقال أصحابنا : تُغْلَبُ الْحَقِيقَةُ . وهو المذهبُ . فَيَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ
والإناثَ ، والصَّغَارَ والكِبَارَ . وأُطْلِقَ في « الشَّرْحِ » ، في البَعِيرِ وَجْهَيْنِ . وقال
القاضى في « الْخِلَافِ » : الشَّاةُ [٢٧٣/٢ ظ] اسْمٌ لجنسِ الغَنَمِ ، يتناولُ الصَّغَارَ
والكِبَارَ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تجزيه في ٣١٦/٦ .

(٣) في : المغنى ٥٦٧/٨ .

وَالدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ . المضغ

الشرح الكبير

فهو للإناث . وكذلك الغنم ؛ لأنَّ العدَدَ في العَشْرَةِ مِنَ الثَّلَاثَةِ إِلَى الْعَشْرَةِ لِلذَّكَورِ بِالْهَاءِ ، وَلِلْمُؤَنَّثِ بغيرِها ، قال الله تعالى : ﴿ سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَنِيَةَ أَيَّامٍ ﴾ ^(١) . وَإِنْ وَصَّى بِبَعِيرٍ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ لِلذَّكَرِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ اسْمٌ لَهُ . وَالثَّانِي ، هُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُمَا جَمِيعًا فِي لِسَانِ الْعَرَبِ ، فيقولُ : حَلَبْتُ الْبَعِيرَ . يُرِيدُ النَّاقَةَ ، وَالْجَمْلُ فِي لِسَانِهِمْ كَالرَّجُلِ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وَالنَّاقَةُ كَالْمَرْأَةِ ، وَالبَكْرَةُ كَالْفَتَاةِ . وكذلك [١٩٤/٥] الْقُلُوصُ وَالْبَعِيرُ كَالْإِنْسَانِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَثْوَرٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ ، وَإِنْ وَصَّى بِبَقْرَةٍ ، فَهِيَ أُنْثَى .

٢٧١٥ - مسألة : (والدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ) لِأَنَّ الْاسْمَ فِي الْعُرْفِ يَقَعُ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ . فَإِنْ قَرَنَ بِهِ مَا يَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، كَقَوْلِهِ : دَابَّةٌ يُقَاتِلُ عَلَيْهَا . انْصَرَفَ إِلَى الْخَيْلِ . وَإِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يَنْتَفِعُ بِظَهْرِهَا وَنَسْلِهَا . خَرَجَ مِنْهُ الْبِغَالُ وَخَرَجَ مِنْهُ الذَّكَرُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِحِمَارٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ ، وَالْأَتَانُ أُنْثَى . وَإِنْ وَصَّى بِحِصَانٍ فَهُوَ ذَكَرٌ ، وَالْفَرَسُ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى .

قوله : والدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ . هذا المذهبُ ، والإِنصافُ ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . فَتَقَيَّدُ يَمِينُ مَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً

(١) سورة الحاقة ٧ .

وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ، صَحَّ ، وَيُعْطِيهِ
الْمَقْنَعُ الْوَرَثَةَ مَا شَاءُوا مِنْهُمْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى
وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ .

٢٧١٦ - مسألة : (وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ،
صَحَّ ، وَيُعْطِيهِ الْوَرَثَةَ مَا شَاءُوا) الْوَصِيَّةُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ،
وَشَاءَ مِنْ غَنَمِهِ ، صَحِيحَةٌ . وَقَدْ ذَكَرْنَا صَحَّةَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَجْهُولِ فِيمَا

الشرح الكبير

بها . وفي « التَّرْغِيبِ » وَجْهٌ فِي وَصِيَّةٍ بِدَابَّةٍ ، يُرْجَعُ إِلَى عُرْفِ الْبَلَدِ . وَذَكَرَ أَبُو
الْخَطَّابِ فِي « التَّمْهِيدِ » ، فِي الْحَقِيقَةِ الْعُرْفِيَّةِ ، أَنَّ الدَّابَّةَ اسْمٌ لِلْفَرَسِ عُرْفًا ، وَعِنْدَ
الْإِطْلَاقِ ، يَنْصَرَفُ إِلَيْهِ . وَذَكَرَهُ فِي « الْفُنُونِ » ، عَنْ أَصُولِيٍّ ، يَعْنِي نَفْسَهُ ،
قَالَ : لِأَنَّهَا نَوْعٌ قُوَّةٌ مِنَ الدَّيِّبِ ، وَلِأَنَّهُ ذُو كُرٍّ وَفَرٍّ .

الإنصاف

فَوَائِدُ ؛ الْحِصَانُ وَالْجَمَلُ وَالْحِمَارُ ، لِلذَّكَرِ . وَالنَّاقَةُ وَالْبَقَرَةُ وَالْحِجْرَةُ^(١)
وَالْأَتَانُ ، لِلْأُنْثَى . وَأَمَّا الْفَرَسُ ، فَلِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : قُلْتُ :
وَالْبَغْلُ لِلذَّكَرِ ، وَالْبَغْلَةُ تَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . انْتَهَى . وَلَوْ قَالَ : عَشْرَةٌ مِنْ إِبِلَى
وَعَنْمَى . فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى . عَلَى الصَّحِيحِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :
يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ قَالَ : عَشْرَةٌ . بِالْهَاءِ ، فَهُوَ لِلذَّكَورِ ، وَبَعْدَمِهَا لِلْإِنَاثِ . وَالرَّقِيقُ
لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى .

قوله : وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ، صَحَّ ، وَيُعْطِيهِ الْوَرَثَةَ مَا
شَاءُوا مِنْهُمْ . فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَنَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ

(١) كَذَا فِي النِّسْخِ ، وَهِيَ « الْحِجْرُ » ؛ الْفَرَسُ الْأُنْثَى . قَالَ صَاحِبُ اللِّسَانِ : لَمْ يَدْخُلُوا فِيهِ الْهَاءَ
لِأَنَّهُ اسْمٌ لَا يَشْرِكُهَا فِيهِ الْمَذْكَرُ . اللِّسَانُ (ح ج ر) .

مَضَى . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإسحاق . واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له ، فروى أنه يستحق أحدهم بالقرعة . اختارها الخرقى . ونقل ابن منصور ، أنه يعطى أحسهم . يعنى يعطيه الورثة ما أحبوا . وهو قول الشافعي . وقال مالك قولاً يقتضى أنه إذا وصى بعبد وله ثلاثة أعبدٍ فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم ، فإنه قال : إذا وصى بعشر من إبله ، وهى مائة ، يعطى عشرها ، والنخل والرقيق والدواب على ذلك . والصحيح ، إن شاء الله تعالى ، أنه يعطى عشرة بالعدد ؛ لأنه الذى تناوله لفظه ، ولفظه هو المقتضى ، فلا يعدل عنه ، لكن يعطى واحداً بالقرعة ؛ لأنه يستحق واحداً غير معين ، وليس واحداً بأولى من واحد ، فوجب المصير إلى القرعة ، كما لو أعتق واحداً منهم . وعلى ما نقله ابن منصور ، يعطيه الورثة ما شاءوا ؛ من صحيح أو معيب ، جيد أو ردى ؛ لأنه يتناول اسم العبد ، فأجزأ ، كما لو وصى له بعبد ولم يضيفه إلى عبده .

منصور ، وهو المذهب . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر فى « خلافيهما » ، والشيرازي ، والمصنف ، وابن عبدوس فى « تذكرته » . وقدمه فى « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » . وصححه فى « النظم » . وقال الخرقى : يعطى واحداً بالقرعة . وهو رواية عن الإمام أحمد ، رحمه الله . اختاره ابن أبى موسى ، وصاحب « المحرر » . وأطلقهما فى « الفروع » . وقال فى « التبصرة » : هاتان الروايتان فى كل لفظٍ احتمل معنيين ، قال : ويحتمل حملهما على ظاهرهما .

فائدة : قال القاضى ، فى هذه المسألة : يعطيه الورثة ما شاءوا من عبدٍ أو

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَتَصِحَّ فِي الْآخَرِ ، وَيُشْتَرَى لَهُ مَا يُسَمَّى عَبْدًا .

٢٧١٧ - مسألة : (وإن لم يكن له عبيد ، لم تصح الوصية ، في أحد الوجهين) لأنه أوصى له بلا شيء ، فهو كما لو قال : أوصيتُ لك بما في كيسى . ولا شيء فيه . أو : بدارى . ولا دار له . وهذا أحد الوجهين . فإن اشترى قبل موته عبيدا ، احتمل أن لا تصح الوصية ؛ لأنها وقعت باطلّة ، فهو كما لو قال : أوصيتُ لك بما في كيسى . ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئا ، ولأن الوصية تقتضى عبدا من الموجودين حال الوصية . وقد روى ابن منصور ، عن أحمد ، فى من قال فى مرضه : أعطوا فلانا من كيسى مائة درهم . فلم يؤخذ فى كيسه شيء : يُعطى مائة درهم . فلم يُطَّل الوصية ؛ لأنه [١٩٤/٥ ط] قصد إعطاءه مائة درهم ،

أمة . قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقال المصنف : الصحيح عندي ، أنه لا يستحق إلا ذكرا . وظاهر « النظم » الإطلاق .

قوله : فإن لم يكن له عبيد ، لم تصح الوصية ، فى أحد الوجهين . وهو المذهب . صححه فى « التّصحيح » ، و « النّظم » . وجزم به فى « الوجيز » . قال الحارثي : المذهب البطلان . وقدمه فى « المُحرّر » ، و « الفروع » ، و « الرّعايتين » ، و « الحاوى الصّغير » . وتصحّ فى الآخر ، ويُشترى له ما يُسمى عبدا . وأطلقهما فى « الشّرح » ، و « الفائق » . فعلى المذهب ، لو ملك عبدا قبل موته ، فهل تصحّ الوصية ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى « الشّرح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح الحارثي » ؛ أحدهما ، تصحّ . وهو

وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ فَمَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ قُتِلُوا
كُلُّهُمْ ، فَلَهُ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ عَلَى قَاتِلِهِ .

وظَنُّهَا فِي الْكِيسِ ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ فِي الْكِيسِ ، أُعْطِيَ مِنْ غَيْرِهِ . فَكَذَلِكَ
يُخْرَجُ فِي الْوَصِيَّةِ بَعْدُ مِنْ عَبِيدِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ ، يُشْتَرَى لَهُ عَبْدٌ
وَيُعْطَاهُ . وَهَذَا الْوَجْهُ الثَّانِي . وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَتِ الصِّفَةُ ، بَقِيَ أَصْلُ
الْوَصِيَّةِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِالْفِ لا يَمْلِكُهُ ثُمَّ مَلَكَهُ .

٢٧١٨ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ فَمَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا ، تَعَيَّنَتِ
الْوَصِيَّةُ فِيهِ) وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ ؛ لَتَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْبَاقِي .
وَإِنْ تَلَفَ رَقِيقُهُ جَمِيعُهُمْ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا
تَلَزَمُ بِالْمَوْتِ ، وَلَا عَبِيدَ لَهُ حِينَئِذٍ . وَإِنْ تَلَفُوا بَعْدَ مَوْتِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْ
الْوَرِثَةِ ، بَطَلَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ التَّرَكَّةَ عِنْدَ الْوَرِثَةِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ ؛ لِأَنَّهَا

الصَّحِيحُ ، جَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَالثَّانِي ، لَا
تَصِحُّ ، كَمَنْ وَصَّى لَعَمْرُو بَعْدَ زَيْدٍ ، ثُمَّ مَلَكَهُ .

فَائِدَةٌ : لَوْ وَصَّى بِأَنْ يُعْطَى مِائَةٌ مِنْ أَحَدِ كَيْسَيٍّ ، فَلَمْ يُوجَدْ فِيهِمَا شَيْءٌ ،
اسْتَحَقَّ مِائَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصُّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : اسْتَحَقَّ
مِائَةٌ عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ .
وَقِيلَ : لَا يَسْتَحَقُّ شَيْئًا .

قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ فَمَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ
مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ،
وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ،

المقنع وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ ، وَلَهُ أَقْوَاسٌ لِلرَّمْيِ وَالْبُنْدُقِ وَالنَّدْفِ ، فَلَهُ قَوْسُ الشُّشَابِ ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهَا ، إِلَّا أَنْ تَقْتَرِنَ بِهِ قَرِينَةٌ تَضَرِفُهُ إِلَى

الشرح الكبير حَصَلَتْ فِي أَيْدِيهِمْ بِغَيْرِ فَعْلِهِمْ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ قَاتِلٌ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ ، مَبْنِيًّا عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمُ فِي الْحَيَاةِ ، إِمَّا قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ قِيَمَةُ مَنْ يَخْتَارُهُ الْوَرَثَةُ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَمَّا وَجِبَ لَهُ .
٢٧١٩ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ ، وَلَهُ أَقْوَاسٌ لِلرَّمْيِ وَالْبُنْدُقِ وَالنَّدْفِ ^(١)) ، فَلَهُ قَوْسُ الشُّشَابِ ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهَا ، إِلَّا أَنْ تَقْتَرِنَ بِهِ

والإنصاف و « الرِّعَايَةُ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يَتَعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ . قَالَ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُفْرَعَ بَيْنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ .

فائدة : لو لم يكن له إلا عبدٌ واحدٌ ، صَحَّتْ ، وَتَعَيَّنَتْ فِيهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ . وَلَوْ تَلَفَ رَقِيقُهُ كُلُّهُمْ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَلَوْ تَلَفُوا بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَكَذَلِكَ .

قوله : وَإِنْ قُتِلُوا كُلُّهُمْ ، فَلَهُ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ عَلَى قَاتِلِهِ . إِمَّا بِالْقُرْعَةِ أَوْ بِاخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ، عَلَى الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ فِي « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ قُتِلُوا فِي حَيَاتِهِ ، بَطَلَتْ ، وَإِنْ قُتِلُوا بَعْدَ مَوْتِهِ ، أُخِذَتْ قِيَمَةُ عَبْدٍ مِنْ قَاتِلِهِ . وَقَالَ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . فَيُحْمَلُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ عَلَى ذَلِكَ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ ، وَلَهُ أَقْوَاسٌ لِلرَّمْيِ وَالْبُنْدُقِ وَالنَّدْفِ ، فَلَهُ قَوْسُ

(١) الندف : طرق القطن بالجندف ليرق .

[١٦٥ ط] غَيْرِهِ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا ، كَالْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنَ عِبِيدِهِ .

الشرح الكبير

قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَهُ أَحَدُهُمْ (كَالْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ) إِذَا وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنَفْعَةً مُبَاحَةً ، سِوَاءَ كَانَ قَوْسٌ نَشَابٍ ، وَهُوَ الْفَارِسِيُّ ، أَوْ نَبَلٍ ، وَهُوَ الْعَرَبِيُّ ، أَوْ قَوْسًا بِمَجْرَى ^(١) ، أَوْ قَوْسَ جَوْخٍ ^(٢) ، أَوْ نَذْفٍ ، أَوْ بُنْدُقٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا قَوْسٌ وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الْقِسْمِ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ جَمِيعُهَا ، وَكَانَ فِي لَفْظِهِ أَوْ حَالِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهَا ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : قَوْسٌ يَنْدِفُ بِهِ . أَوْ : يَتَعَيَّشُ بِهِ . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَهَذَا يَصْرِفُهُ إِلَى قَوْسِ النَّذْفِ . وَإِنْ قَالَ : قَوْسٌ يَغْزُو بِهِ . خَرَجَ مِنْهُ قَوْسُ النَّذْفِ وَالْبُنْدُقِ . وَإِنْ كَانَ الْمُوصَى لَهُ نَدَافًا لَا عَادَةً لَهُ بِالرُّمَى ، أَوْ بُنْدُقَانِيًا

النَّشَابِ ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهَا ، إِلَّا أَنْ تَقْتَرَنَ بِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . الْإِنْصَافُ صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَ« الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« النُّظْمِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَصَحُّ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا ، كَالْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ . وَاخْتَارَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » . وَقِيلَ : لَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا غَيْرُ قَوْسِ الْبُنْدُقِ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفَاتِقِ » . وَقِيلَ : لَهُ مَا يُرْمَى بِهِ عَادَةً . قَالَ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : فَلَهُ قَوْسُ النَّشَابِ .

(١) بِمَجْرَى : أَنْ يُوَضَعَ فِي مَجْرَاهِ السَّهْمُ ، فَيُخْرَجُ مِنَ الْمَجْرَى .

(٢) فِي م : « جَرَحَ » .

الشرح الكبير
لا عَادَةً لَهُ بِالرَّمْيِ بِشَيْءٍ سِوَاهُ ، أَوْ يَرْمِي بِقَوْسٍ غَيْرِهِ وَلَا يَرْمِي بِسِوَاهُ ،
انْصَرَفَتِ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْقَوْسِ الَّذِي يَسْتَعْمَلُهُ عَادَةً ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْمُوصِي
أَنَّهُ قَصَدَ نَفْعَهُ بِمَا جَرَتْ عَادَتُهُ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ . فَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، فَاخْتَارَ
أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ يَأْخُذُ أَحَدَهَا بِالْقُرْعَةِ ، كَالْوَصِيَّةِ بَعْدَ مِنْ عِيْدِهِ ، أَوْ يُعْطِيهِ
الْوَرِثَةَ مَا يَخْتَارُونَهُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَهَا . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) :
وَالصَّحِيحُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ لَا تَتَنَاوَلُ [١٩٥/٥] قَوْسَ النَّذْفِ ، وَلَا الْبُنْدُقِ ، وَلَا
الْعَرِيَّةِ فِي بَلَدٍ لَا عَادَةً لَهُمُ بِالرَّمْيِ بِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ
يَذْكُرِ الْعَرِيَّةَ . وَيَكُونُ لَهُ وَاحِدٌ مِمَّا عَدَا هَذِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا
اسْمُ الْقَوْسِ فِي الْعَادَةِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا حَتَّى يُضَيِّفَهَا فَيَقُولَ : قَوْسُ الْقُطْنِ ،

الإصناف
وقيل : والنَّبَلِ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ
إِلَى قَوْسِ النَّشَابِ وَالنَّبَلِ ، عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، يُعْطَى قَوْسًا مَعْمُولَةً بِغَيْرِ وَتَرٍ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .
[٢٧٤/٢] قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَظْهَرُ . وَقِيلَ : يُعْطَى قَوْسًا مَعَ وَتَرِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي
« التَّرْغِيبِ » ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . الثَّانِيَةُ ، قَوْسُ النَّشَابِ ، هُوَ الْفَارِسِيُّ .
وَقَوْسُ النَّبَلِ ، هُوَ الْعَرَبِيُّ . وَقَوْسُ جُوخٍ ^(٢) وَقَوْسُ بَمَجْرَى ^(٣) وَهُوَ الَّذِي يُوضَعُ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٥٧٠/٨ ، ٥٧١ .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : ط .

وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ أَوْ طَبْلٍ ، وَلَهُ مِنْهَا مُبَاحٌ وَمُحَرَّمٌ ، انصَرَفَ إِلَى الْمُبَاحِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مُحَرَّمٌ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

أَوِ النَّذْفِ ، أَوِ الْبُنْدُقِ . وَأَمَّا الْعَرَبِيَّةُ فَلَا يَتَعَارَفُهَا غَيْرُ طَائِفَةٍ مِنَ الْعَرَبِ ، فَلَا يَخْطُرُ بِبَالِ الْمُوصِي غَالِبًا ، وَيُعْطَى الْقَوْسَ مَعْمُولَةً ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى قَوْسًا إِلَّا كَذَلِكَ . وَلَا يَسْتَحِقُّ وَتَرَهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَقَعُ عَلَيْهَا دُونَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُعْطَاهَا بِوَتَرِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا بِهِ ، فَكَانَ كَجُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا .

٢٧٢٠ - مسألة : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ حَرْبٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنَفْعَةً مُبَاحَةً . وَإِنْ كَانَ بِطَبْلٍ لَهْوٍ لَا يَصْلُحُ إِلَّا لِلْهَوِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ الْمَنَفْعَةِ الْمُبَاحَةِ . فَإِنْ كَانَ إِذَا فُصِّلَ صَلَحَ لِلْحَرْبِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَتَهُ فِي الْحَالِ مَعْدُومَةٌ . فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لهُمَا ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ قَائِمَةً بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ ، وَأُطْلِقَ ، وَلَهُ طَبْلَانِ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، انصَرَفَتْ الْوَصِيَّةُ إِلَى الطَّبْلِ

الإصناف

فِي مَجْرَاهِ السَّهْمِ ، فَيَخْرُجُ مِنَ الْمَجْرَى . وَقَوْسُ الْبُنْدُقِ ؛ هُوَ قَوْسُ جُلَاهِقٍ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ كَانَ لَهُ أَقْوَاسٌ مِنْ جِنْسٍ ، أَوْ قَوْسُ نَشَابٍ وَنَبْلٍ ، وَقُلْنَا : يُعْطَى مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا ، أُعْطِيَ أَحَدُهَا بِالْقَرْعَةِ . قَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْجَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقِيلَ : بَلِ بَرِضَا الْوَرْتَةِ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ ، أَوْ طَبْلٍ ، وَلَهُ مِنْهَا مُبَاحٌ وَمُحَرَّمٌ ، انصَرَفَ إِلَى الْمُبَاحِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مُحَرَّمٌ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ . بِإِزْوَاعٍ فِي ذَلِكَ . وَتَقَدَّمَ حُكْمُ مَا إِذَا تَعَدَّدَتِ الْكِلَابُ قَرِيبًا .

وَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةِ فِيمَا عَلِمَ مِنْ مَالِهِ وَمَا لَمْ يَعْلَمْ .

الشرح الكبير

المُباح . فإن كان له طُبُولٌ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِهَا ، فله أَحَدُهَا بِالْقِرْعَةِ ، أو ما شاء الْوَرَثَةُ ، على اخْتِلَافِ الرَوَايَتَيْنِ . وإن وَصَّى بِدُفٍّ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَغْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْدُفِّ »^(١) . ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِجِزْمَارٍ ، ولا طُنْبُورٍ ، ولا عُودٍ لَهُوَ ؛ لأنها مُحَرَّمَةٌ ، وسَوَاءٌ كَانَتْ فِيهَا الْأَوْتَارُ أو لم تَكُنْ ؛ لأنها مُهَيَّاةٌ لِفِعْلِ الْمَعْصِيَةِ ، فَأُشْبِهَ ما لو كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ .

٢٧٢١ - مسألة : (وَتَنْفُذُ الوَصِيَّةِ فِيمَا عَلِمَ مِنْ مَالِهِ أو لم يَعْلَمْ) وقال مالكٌ : لا تَنْفُذُ إِلَّا فِيمَا عَلِمَ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ إِلَّا فِي الْمُدَبَّرِ ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي كُلِّ شَيْءٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِنْ مَالِهِ فَدَخَلَ فِي وَصِيَّتِهِ ، كَالْمَعْلُومِ ، وَلَأنَّ الوَصِيَّةَ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ لَفْظٌ عَامٌّ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ ما لم يَعْلَمْ به مِنْ مَالِهِ ، كما لو نَذَرَ الصَّدَقَةَ بثلثه .

الإصناف

قوله : وَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةِ فِيمَا عَلِمَ مِنْ مَالِهِ وما لم يَعْلَمْ . جَزَمَ به في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، وَغَيْرُهُمَا ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهَا خِلَافًا .

(١) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذی ٣٠٨/٤ . وابن ماجه ، في : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١١/١ . عن عائشة ، وقال في الزوائد : في إسناده خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوي ، اتفقوا على ضعفه ، بل نسب ابن حبان والحاكم وأبو سعيد النقاش إلى الوضع . وأخرج الجزء الأول الإمام أحمد ، في : المسند ٥/٤ من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعا بسند حسن . انظر تلخيص الحبير ٢٠١/٤ ، ٢٠٢ ، وإرواء الغليل ٥٠/٧ .

وَإِذَا أَوْصَى بِثُلَّةٍ فَاَسْتَخَذَ مَالًا ، دَخَلَ ثُلَّةٌ فِي الْوَصِيَّةِ .
المفنع

الشرح الكبير

٢٧٢٢ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى بِثُلَّةٍ فَاَسْتَخَذَ مَالًا ، دَخَلَ ثُلَّةٌ
فِي الْوَصِيَّةِ) فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَهُمْ بَيْنَ الثَّلَاثِ^(١) ،
وَالْمُسْتَفَادِ ، فِي أَنَّهُ يُعْتَبَرُ ثَلَاثُ الْجَمِيعِ . وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ ؛ النَّخَعِيُّ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ
مَالِهِ [١٩٥/٥ ط] يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ ، وَتَقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ ، أَشْبَهَ مَا مَلَكَهُ قَبْلَ
الْوَصِيَّةِ ، وَلِمَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا .

الإنصاف

قوله : (وَإِنْ وَصَّى بِثُلَّةٍ ، فَاَسْتَخَذَ مَالًا ، دَخَلَ ثُلَّةٌ فِي الْوَصِيَّةِ . هذا
المذهب ، وعليه الأصحاب . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ،
وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ،
وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يَدْخُلُ الْمُتَجَدِّدُ مَعَ عَلَيْهِ بِهِ ، أَوْ قَوْلُهُ : بِثُلَاثِي يَوْمَ أَمُوتُ . وَإِلَّا
فَلَا .

تنبيه : قَدْ يَدْخُلُ فِي كَلَامِهِ ، لَوْ نَصَبَ أُخْبُولَةً قَبْلَ مَوْتِهِ^(٢) ، فَوَقَعَ فِيهَا صَيِّدٌ بَعْدَ
مَوْتِهِ ؛ فَإِنَّ الصَّيِّدَ يَكُونُ لِلنَّاصِبِ ، فَيَدْخُلُ ثُلَّةٌ فِي الْوَصِيَّةِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ
الْمَذْهَبُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » وَغَيْرِهِ : لَا يَدْخُلُ ،
وَيَكُونُ كُلُّهُ لِلْوَرَثَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ » .

(١) الثلاث : المال الأصلي القديم .

(٢) سقط من : ط .

المتنع
وَأِنْ قُتِلَ وَأُخِذَتْ دِيَّتُهُ ، فَهَلْ تَدْخُلُ الدِّيَّةُ فِي الْوَصِيَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير ٢٧٢٣ - مسألة : (وَأِنْ قُتِلَ وَأُخِذَتْ دِيَّتُهُ ، فَهَلْ تَدْخُلُ الدِّيَّةُ فِي الوصية ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، تَدْخُلُ . قَالَ مُهَنَّادٌ : رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ أَوْ جُزْءٍ مُشَاعٍ ، فَقُتِلَ الْمُوصِي وَأُخِذَتْ دِيَّتُهُ ، فَقَالَ : يَسْتَحِقُّ مِنْهَا . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي دِيَةِ الْخَطَاِ مِثْلُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَمَالِكٍ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ . نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مَكْحُولٍ ، وَشَرِيكِ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَدَاوُدَ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَقَالَ مَالِكٌ فِي دِيَةِ الْعَمْدِ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلْوَرِثَةِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا الْمَوْتُ ، فَلَا يَجُوزُ وَجُوبُهَا قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَتَقَدَّمُ سَبَبُهُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَجِبَ لِلْمَيِّتِ بَعْدَ مَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِالْمَوْتِ تَزُولُ أَمْلَاكُهُ الثَّابِتَةُ لَهُ ، فَكَيْفَ يَتَجَدَّدُ لَهُ مِلْكٌ ! فَلَا تَدْخُلُ

الإصناف قوله : وَأِنْ قُتِلَ وَأُخِذَتْ دِيَّتُهُ ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْخِرَقِيُّ ، وَالزَّرْكَشِيُّ ، وَابْنُ رَازِيٍّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، فِي بَابِ مِيرَاثِ الْقَاتِلِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَدْخُلُ ، فَتَكُونُ مِنْ جُمْلَةِ التَّرَكَّةِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : قَدْ قَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ الدِّيَّةَ مِيرَاثٌ ^(١) . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، فِي بَابِ

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٢٤ .

الشرح الكبير

في الوصية ؛ لأنَّ المَيِّتَ إِنَّمَا يُوصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ لَا بِمَالٍ وَرَثَتِهِ . وَوَجْهُ
الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ لِلْمَيِّتِ ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسِهِ ، وَنَفْسُهُ لَهُ ،
فكَذَلِكَ بَدَلُهَا ، وَلِأَنَّ بَدَلُ أَطْرَافِهِ فِي حَيَاتِهِ لَهُ ، فَكَذَلِكَ بَدَلُ نَفْسِهِ بَعْدَ
مَوْتِهِ ، وَلِذَلِكَ تُقْضَى مِنْهَا دِيُونُهُ ، وَيُجَهَّزُ مِنْهَا إِنْ كَانَ قَبْلَ تَجْهِيزِهِ ، وَإِنَّمَا
يَحُوزُ وَرَثَتُهُ مِنْ أَمْلَاكِهِ مَا اسْتَعْنَى عَنْهُ ، فَأَمَّا مَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ فَلَا .
وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ مِلْكٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَمَنْ نَصَبَ شَبَكَةً فَسَقَطَ فِيهَا
شَيْءٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بَحِثُ تُقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ ، وَيُجَهَّزُ ، فَكَذَلِكَ
دِيْنَتُهُ ؛ لِأَنَّ تَنْفِيذَ وَصِيَّتِهِ مِنْ حَاجَتِهِ ، فَأُشْبِهَتْ قَضَاءُ دَيْنِهِ .

الإنصاف

ميراث القتال : وَتُؤَخَذُ دِيُونُ الْمَقْتُولِ وَوَصَايَاهُ مِنْ دِيْنَتِهِ عَلَى الْأَصَحِّ . وَيَأْتِي
كَلَامُهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَ « الْفَائِقِ » ، فِي الَّتِي بَعْدَهَا ، وَمَالٌ
إِلَيْهِ الزَّرْكَشِيُّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا تَدْخُلُ ، فَتَكُونُ لِلْوَرَثَةِ خَاصَّةً . وَقِيلَ : يُقْضَى
مِنْهَا الدَّيْنُ أَيْضًا . عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي
« الْمُغْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا ، عَلَى الرَّوَايَةِ
الثَّانِيَةِ : وَكَذَلِكَ يُقْضَى مِنْهَا دِيُونُهُ ، وَيُجَهَّزُ مِنْهَا . وَطَرِيقَةُ الْمَجْدِ ، وَصَاحِبِ
« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا ، أَنَّ وَفَاءَ الدَّيْنِ مَبْنِيٌّ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، إِنْ قُلْنَا : لَهُ . قُضِيَتْ
دِيُونُهُ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْوَرَثَةِ . فَلَا ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَأَمَّا تَجْهِيزُهُ ، فَإِنَّهُ مِنْهَا ، بَلَا
نِزَاعٍ . وَيَأْتِي مَا يُشَابِهُهُ ذَلِكَ فِي أَثْنَاءِ بَابِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ .

تنبيه : مَبْنِيَّ الْخِلَافِ هُنَا ، عَلَى أَنَّ الدِّيَّةَ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ ، أَوْ عَلَى مِلْكِ
الْوَرَثَةِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ .

وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَا آخَرَ بِثُلْثِ
الْمَنْعِ الْوَرْتَةِ مِنَ الثَّلَاثِينَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فَصْلٌ : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمُفْرَدَةِ .

الشرح الكبير ٢٧٢٤ - مسألة : (فَإِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَّةِ ، فَهَلِ الدِّيَّةُ عَلَى الْوَرْتَةِ مِنَ الثَّلَاثِينَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) بِنَاءً عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ ؛ فَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، تُحْسَبُ الدِّيَّةُ مِنْ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَّةِ أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ ، نَفَذَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِلَّا أُخْرِجَ مِنْهُ قَدْرُ ثُلُثِهَا . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، لَا تُحْسَبُ الدِّيَّةُ ، وَتُخْرَجُ الْوَصِيَّةُ مِنْ تِلَادِ مَالِهِ دُونَ دِيَّتِهِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الدِّيَّةَ لَيْسَتْ مِنْ مَالِهِ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمُفْرَدَةِ) وَتَصِحُّ بِخِدْمَةِ عَبْدٍ ، وَمَنْفَعَةِ أَمَةٍ ، وَغَلَّةِ دَارٍ ، وَبُشْمَرَةٍ بُسْتَانٍ أَوْ شَجَرَةٍ ، سِوَاءِ وَصَّى بِذَلِكَ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، أَوْ بِجَمِيعِ الثَّمَرَةِ وَالْمَنْفَعَةِ

الإنصاف قوله : وَإِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَّةِ ، فَهَلِ تُحْسَبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْوَرْتَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . بِنَاءً عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ . قَالَهُ الشَّارِحُ ، وَابْنُ مُنْجَى ، وَالْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » : وَدِيَّةُ الْمَقْتُولِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً تَرَكَّةٌ ، تُقْضَى مِنْهَا ذُبُونُهُ ، وَفِي وَصِيَّتِهِ وَجْهَانِ . وَلَوْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ قَدْرَ نِصْفِ الدِّيَّةِ ، فَالدِّيَّةُ مُحْسُوبَةٌ عَلَى الْوَرْتَةِ مِنْ ثُلَاثِيهِ . وَقِيلَ : لَا . وَعَنْهُ ، دِيَّتُهُ لَمْ ، فَلَا حَقَّ فِيهَا لَوْصِيَّةٍ وَلَا ذَيْنِ . وَقِيلَ : يُقْضَى مِنْهَا الدَّيْنُ فَقَطْ . قوله : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمُفْرَدَةِ ؛ فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَنْفَعِ أَمَةٍ أَبَدًا ،

الشرح الكبير

في الزَّمانِ كُلِّهِ . وهذا قولُ الجُمهورِ ؛ منهم مالكٌ ، والثَّوريُّ ،
والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأي . وقال ابنُ أبي لَيْلى : [١٩٦/٥ و] تَصِحُّ
الوصيةُ بالمنفعةِ المُفردةِ ؛ لأنها مَعْدُومَةٌ . ولنا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا بِعَقْدِ
المُعَاوَضَةِ ، فَتَصِحُّ الوصيةُ بها ، كالأعيانِ . ويُعْتَبَرُ خُرُوجُ ذَلِكَ مِنْ ثُلْثِ
المالِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي سُكْنَى الدَّارِ . وهو قولُ مَنْ قال بِصِحَّةِ الوصيةِ
بها . وإن لم تَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، أُجِيزَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثُّلْثِ . وقال مالكٌ : إذا
وَصَّى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، فلم تَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، فالورثةُ بالخيارِ بينَ
تَسْلِيمِ خِدْمَتِهِ سَنَةً وَبَيْنَ الْمَالِ . وقال أصحابُ الرَّأيِ ، وأبو ثورٍ : إذا وَصَّى
بَخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَخْدُمُ الْمُوصِيَّ لَهُ يَوْمًا وَالْوَرثةُ يَوْمَيْنِ ، حَتَّى
يَسْتَكْمِلَ الْمُوصِيَّ لَهُ سَنَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْوَرثةُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، يَبِيعُ عَلَى هَذَا . ولنا ،
أَنَّهَا وصيةٌ صَحِيحَةٌ ، فَوَجَبَ تَنْفِيزُهَا عَلَى صِفَتِهَا إِذَا خَرَجَتْ مِنَ الثُّلْثِ ،
أَوْ بِقَدْرِ مَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ مِنْهَا ، كسائرِ الوصايا أَوْ كالأعيانِ . إذا ثَبِتَ
هَذَا ، وَأُرِيدَ تَقْوِيمُهَا ، وَكَانَتِ الْوصِيَّةُ مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ ، قَوْمَ الْمُوصِيَّ بِمَنْفَعَتِهِ
مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ تِلْكَ الْمُدَّةَ ، ثُمَّ تَقَوْمُ الْمَنْفَعَةُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَيَنْظَرُ كَمْ
قِيَمَتُهَا .

فصل : فَإِنْ أَرَادَ الْمُوصِيَّ لَهُ بِمَنْفَعَةِ الْعَبْدِ أَوْ الدَّارِ إِجَارَةَ الْعَبْدِ أَوْ الدَّارِ
فِي الْمُدَّةِ الَّتِي أَوْصَى لَهُ بِنَفْعِهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو
حنيفة : لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ

أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، صَحَّ - بِلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ - وَلِلْوَرثةِ عِثْقُهَا ، بِلَا نِزَاعٍ ، وَلَهُمْ بَيْعُهَا
مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال ابنُ مُنَجَّى وَغَيْرُهُ : هَذَا

فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَنَافِعِ أَمَتِهِ أَبَدًا أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، صَحَّ . فَإِذَا أَوْصَى بِهَا أَبَدًا ، فَلِلْوَرَثَةِ عِتْقُهَا وَبَيْعُهَا . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ بَيْعُهَا إِلَّا لِلْمَالِكِ نَفْعِهَا .

بِاسْتِيفَائِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنَفَعَةٌ يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًّا ، فَمَلِكٌ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهَا بِالْأَغْيَانِ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهَا بِالْإِجَارَةِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ إِخْرَاجَ الْعَبْدِ عَنِ الْبَلَدِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَهْلُهُ فِي غَيْرِ الْبَلَدِ ، فَيُخْرِجُهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالِكٌ لِنَفْعِهِ ، فَمَلِكٌ إِخْرَاجُهُ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ .

٢٧٢٥ - مسألة : (إِذَا أَوْصَى) بِمَنَافِعِ عَبْدِهِ أَوْ (أَمَتِهِ أَبَدًا أَوْ مُدَّةً) بَعَيْنِهَا (فَلِلْوَرَثَةِ عِتْقُهَا) لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ ، وَمَنَفَعَتُهَا بَاقِيَةٌ لِلْمُوصِي لَهُ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُعْتَقِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَاحِبُ الْمَنَفَعَةِ ، لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لِلرَّقَبَةِ ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُهَا . فَإِنْ وَهَبَ صَاحِبُ الْمَنَفَعَةِ مَنَافِعَهُ لِلْعَبْدِ ، أَوْ أَسْقَطَهَا عَنْهُ ، فَلِلْوَرَثَةِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ مَا يُوهَبُ لِلْعَبْدِ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ .

المذهب . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ بَيْعُهَا مُطْلَقًا . وَقِيلَ : يَصِحُّ لِلْمَالِكِ نَفْعُهَا ، لَا غَيْرُ . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفَائِقِ » . وَهِنَّ فِي « الْكَافِي » اِخْتِمَالَاتٌ مُطْلَقَاتٌ .

الشرح الكبير

فصل : ولهم بيعها . وتباع مَسْلُوبَةِ الْمَنْفَعَةِ ، وَيُقُومُ الْمُشْتَرِي مَقَامَ الْبَائِعِ فيما له وعليه . وقيل : [١٩٦/٥ ط] لا يجوز بيعها ؛ لأن ما لا نفع فيه لا يصح بيعه ، كالحشرات والميتات . وقيل : يجوز بيعها للمالك منفعتها دون غيره ؛ لأن مالك منفعتها يجتمع له الرقبة والمنفعة ، فينتفع بذلك ، بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره ، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض . ووجه الأول ، أنها أمة مملوكة تصح الوصية بها ، فصَحَّ بيعها لغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقها وتحصيل ولائها وثواب عتقها ، بخلاف الحشرات .

٢٧٢٦ - مسألة : (ولهم ولاية ترويحها) لأنهم يملكون رقبته ، وليس لهم ذلك إلا بإذن صاحب المنفعة . وليس لواحد منهما ترويحها منفردا ؛ لأن مالك المنفعة لا يملك رقبته ، وصاحب المنفعة يتضرر

تنبيه : قوله : وللورثة عتقها . يعني مجانا . أمّا عتقها عن كفارة ؛ فلا يُجزئ . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . وقيل : يُجزئ ، كعبد مؤجر . وأطلقهما في « التلخيص » ، و « شرح الحارثي » . ومتى قلنا بالجواز ؛ إمّا مجانا ، وإمّا عن كفارة ، على هذا القول ، فانتفاع رب الوصية به باق .

فائدة : [٢٧٤/٢ ط] صحة كتابتها مبني على صحة بيعها هنا .

قوله : لهم ولاية ترويحها . يعني للورثة الذين يملكون رقبته . والصحيح من المذهب ، أن وليها مالك رقبته . جزم به في « الكافي » ، و « المعنى » ،

المقنع وَأَخَذُ مَهْرَهَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : مَهْرُهَا لِلْوَصِيِّ .

الشرح الكبير به . فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَلَبَتْ التَّزْوِيجَ ، وَجَبَ تَزْوِيجُهَا عِنْدَ طَلَبِهَا ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، وَحَقُّهَا فِي ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ طَلَبَتْهُ مِنْ سَيِّدِهَا الَّذِي يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا وَمَنْفَعَتَهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، وَقُدِّمَ حَقُّهَا عَلَى حَقِّهِ ، وَوَلِيَّهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ مَالِكُ الرَّقَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُهَا .

٢٧٢٧ - مسألة : وَمَهْرُهَا هُنَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ لِلْوَرِثَةِ ، فِي اخْتِيَارِ شَيْخِنَا (لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا) مُفْرَدَةً ، وَلَا مَعَ غَيْرِهَا ، وَلَا يَجُوزُ نَقْلُهَا مُفْرَدَةً عَنِ الرَّقَبَةِ بِغَيْرِ^(١) التَّزْوِيجِ ، وَإِنَّمَا هِيَ تَابِعَةٌ لِلرَّقَبَةِ ، فَتَكُونُ لَصَاحِبِهَا . وَعِنْدَ أَصْحَابِنَا ، الْمَهْرُ لِلْمَوْصِيِّ لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَنَافِعِهَا .

الإصناف و « الشَّرْح » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْخَارِئِيِّ » وَصَحَّحَهُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقِيلَ : وَلِيَّهَا مَالِكُ الرَّقَبَةِ وَمَالِكُ الْمَنْفَعَةِ جَمِيعًا . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَا يَزُوجُهَا إِلَّا بِإِذْنِ مَالِكِ الْمَنْفَعَةِ . قَالَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : وَأَخَذُ مَهْرَهَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ . يَعْنِي ، لِمَالِكِ الرَّقَبَةِ ذَلِكَ . وَهَذَا

(١) فِي م : « بَعْدَ » .

وَأِنْ وُطِّتْ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَلِلْوَرَثَةِ قِيَمَةٌ [١٦٦] وَلَدَهَا
عِنْدَ الْوَضْعِ عَلَى الْوَاطِئِ .

الشرح الكبير

٢٧٢٨ - مسألة : (وَإِنْ وُطِّتْ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ) لِأَنَّ وَطْءَ
الشُّبْهَةِ يَكُونُ الْوَلَدُ فِيهِ حُرًّا ؛ لِاعْتِقَادِ الْوَاطِئِ أَنَّهُ يَطَأُ فِي مِلْكٍ ، فَهُوَ كَوَطْءِ
الْمَعْرُورِ بِأَمَةٍ . وَتَجِبُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ وَضْعِهِ لِمُصْطَلَحِ الرِّقَبَةِ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا . وَيَجِبُ عَلَى الْوَاطِئِ ؛
لِأَنَّهُ الَّذِي قَوَّتْ رِقَّتُهُ . وَإِنَّمَا اعتُبرتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْوَضْعِ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى
الدَّلِيلِ أَنْ تَجِبَ قِيَمَتُهُ حِينَ الْعُلُوقِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ تَقْوِيَةِ الْحُرِّيَّةِ ، فَلَمَّا
لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، قَوِّمْنَاهُ فِي أَوَّلِ حَالِ الْإِمْكَانِ ، وَذَلِكَ حَالُهُ وَضْعُهُ . وَهِيَ
لِلْوَرَثَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْوَصِيِّ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَصَّى لَهُ بِنَفْعِ الْأُمِّ ، وَلَيْسَ الْوَلَدُ
مِنَ الْمَنَافِعِ ، وَلَا وَصَّى لَهُ بِمَنْفَعَتِهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهُ .

الإنصاف

اِخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : مَهْرُهَا لِلْوَصِيِّ . يَعْنِي ،
لِلْمَوْصَى لَهُ بِنَفْعِهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ
فِي « الْفَائِقِ » : هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ
مِنْ غَيْرِ الْعَالِبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْخُطْبَةِ مِنَ الْمُصْطَلَحِ فِي مَعْرِفَةِ الْمَذْهَبِ .

قوله : وَإِنْ وُطِّتْ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلِلْوَرَثَةِ قِيَمَةٌ وَلَدَهَا عِنْدَ الْوَضْعِ عَلَى
الوَاطِئِ . يَعْنِي ، لِأَصْحَابِ الرِّقَبَةِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ .
جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،

المقنع وإن قُتِلَتْ ، فَلَهُمْ قِيمَتُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

الشرح الكبير ٢٧٢٩ - مسألة : (وإن قُتِلَتْ ، فَلِلْوَرِثَةِ قِيمَتُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) لَأَنَّهُمْ مَالِكُوهَا ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ بَدَلُ الرِّقَبَةِ ، فَتَكُونُ لِصَاحِبِهَا ، وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ كَمَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ . (وَفِي) الْوَجْهِ (الْآخَرِ) يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا) لِأَنَّ كُلَّ حَقٍّ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ [١٩٧/٥] تَعَلَّقَ بِبَدْلِهَا ، إِذَا لَمْ يَبْطُلِ اسْتِحْقَاقُهَا . وَيُفَارِقُ الزَّوْجَةُ وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ^(١) الْاسْتِحْقَاقِ يَبْطُلُ بِتَلَفِهَا .

الإيناف و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » .

قوله : وإن قُتِلَتْ ، فَلَهُمْ قِيمَتُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَفِي الْآخَرِ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « التَّبَصُّرَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » .

تنبيه : يَنْبَغِي عَلَى الْخِلَافِ مَا إِذَا عَفَا عَنْ قَاتِلِهَا ؛ هَلْ تَلَزُمُهُ الْقِيَمَةُ ، أَمْ لَا ؟ قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) سقط من : م .

وَاللَّوْصِيَّ اسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَإِعَارَتُهَا ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا
وَطُوهَا .

٢٧٣٠ - مسألة : (وللوصيَّ اسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَإِعَارَتُهَا) لأنَّ
الوصية له بِنَفْعِهَا ، وهذا منه .

٢٧٣١ - مسألة : (وليس لواحدٍ منهما وَطُوهَا) لأنَّ صَاحِبَ
الْمَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا ، وَلَا هُوَ زَوْجُهَا ، وَلَا يُبَاحُ وَطْءُ بَغِيرِهَا ؛ لقولِ
اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ ^(١) . وصَاحِبُ
الرَّقَبَةِ لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، وَلَا يَأْمَنُ أَنْ تَحْمِلَ مِنْهُ ، فَرُبَّمَا أَفْضَىٰ إِلَى
هَلَاكِهَا . وَأَيُّهُمَا وَطِئَهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ بِشَبْهَةٍ ، لَوْجُودِ الْمَلِكِ

فَائِدَةٌ : لَوْ قَتَلَهَا الْوَرَثَةُ ، لَرَمَهُمْ قِيَمَةُ الْمَنْفَعَةِ . ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْصَارِ » ، عِنْدَ
الْكَلَامِ عَلَى الْخُلْعِ بِمُحَرَّمٍ . قُلْتُ : وَعُمُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَغَيْرِهِ مِنْ
الْأَصْحَابِ ، أَنَّ قَتْلَ الْوَارِثِ كَقَتْلِ غَيْرِهِ .

قوله : وليس لواحدٍ منهما وَطُوهَا . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به
كثيرٌ منهم . وقال في « التَّرْغِيبِ » : فِي جَوَازِ وَطْءِ مَالِكِ الرَّقَبَةِ وَجْهَانِ .

فَائِدَةٌ : لَوْ وَطِئَهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ
مَالِكَ الرَّقَبَةِ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَإِلَّا فَلَا . وَفِي وَجُوبِ قِيَمَةِ الْوَلَدِ عَلَيْهِ ،
الْوَجْهَانِ . وَكَذَا الْمَهْرُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ اخْتِيَارِ الْمُصَنِّفِ ، وَاخْتِيَارِ الْأَصْحَابِ .
وَقِيلَ : يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ ، إِذَا وَطِئَ . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ وَلَدُهُ
مَمْلُوكًا . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمَعْنَى » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالثَّلَاثِينَ »
بَعْدَ الْمِائَةِ : لَا يَجُوزُ لِلْوَارِثِ وَطُوهَا ، إِذَا كَانَ مُوصًى بِمَنَافِعِهَا . عَلَى أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، خِلَافًا لِابْنِ عَقِيلٍ .

(١) سورة المؤمنون ٦ ، المعارج ٣٠ .

وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنَى ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا ،

الشرح الكبير

لكل واحدٍ منهما فيها^(١) ، وَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لَأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ . فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ صَاحِبَ الْمَنْفَعَةِ ، لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ وَلَدِهَا يَوْمَ وَضْعِهِ ، وَحُكْمُهَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكِ الرِّقَةِ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لَأَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ . وَفِي وَجُوبِ قِيمَتِهِ عَلَيْهِ الْوَجْهَانِ . وَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكِ^(٢) الرِّقَةِ ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، فِي اخْتِيَارِ شَيْخِنَا ، وَلَهُ الْمَهْرُ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ إِنْ كَانَ هُوَ الْوَاطِئُ . وَعِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، يَنْعَكِسُ الْحَالُ . وَقَدْ تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْحَدُّ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا وَطِئَ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْمَنْفَعَةَ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَلَدُهُ مَمْلُوكًا .

٢٧٣٢ - مسألة : (وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنَى ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا) لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي حُكْمِهَا ، كَوَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ وَالْمُدَبَّرَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْمَالِكِ الرِّقَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ النَّفْعِ الْمَوْصَى بِهِ ، وَلَا هُوَ مِنَ الرِّقَةِ الْمَوْصَى بِنَفْعِهَا .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ ، أَوْ زِنَى ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا . هَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْكَافِي » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « ملك » .

وَفِي نَفَقَتِهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ فِي كَسْبِهَا . وَالثَّانِي ، الْمُنْعَ عَلَى مَالِكِهَا . وَالثَّلَاثُ ، عَلَى الْوَصِيِّ .

٢٧٣٣ - مسألة : (وفي نَفَقَتِهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا) تَجِبُ عَلَى مَالِكِ الرِّقَبَةِ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الرِّقَبَةِ ، فَكَانَتْ عَلَى صَاحِبِهَا ، كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَفَعَةٌ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَلِأَنَّ الْفِطْرَةَ تَلَزِمُهُ ، وَالْفِطْرَةُ تَتَّبِعُ النَّفَقَةَ ، وَوُجُوبُ التَّابِعِ عَلَى

مُنْجَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِمَالِكِ الرِّقَبَةِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » . وَهَذَا الْمَذْهَبُ عَلَى مَا اضْطَلَحْنَاهُ فِي الْخُطْبَةِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ وَالْعِشْرِينَ » : الْوَلَدُ هَلْ هُوَ كَالْجُزْءِ ، أَوْ كَالْكَسْبِ ؟ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ جُزْءٌ . ثُمَّ قَالَ ، مُفَرَّغًا عَلَى ذَلِكَ : لَوْ وَلَدَتِ الْمَوْصِي بِمَنَافِعِهَا ؛ فَإِنْ قُلْنَا : الْوَلَدُ كَسْبٌ . فَكُلُّهُ لِصَاحِبِ الْمَنَفَعَةِ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ جُزْءٌ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ لِلْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْزَاءَ لَهُمْ دُونَ الْمَنَافِعِ .

قوله : وفي نَفَقَتِهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ . وَهُنَّ اخْتِمَالَاتٌ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي نَفَقَتِهَا وَجْهَانِ . انْتَهَى . أَحَدُهَا ، أَنَّهُ فِي كَسْبِهَا ؛ فَإِنْ عُدِمَ فَقَى بَيْتِ الْمَالِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، فَقِيلَ : تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

إِنْسَانٍ دَلِيلٌ عَلَى وُجُوبِ الْمَتْبُوعِ عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْإِصْطَخَرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَفْعَهَا عَلَى التَّائِيدِ ، فَكَانَتْ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ ، كَالزَّوْجِ ، وَلَآنَ [١٩٧/٥ ظ] نَفَعَهُ لَهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَرَرُهُ ، كَالْمَالِكِ لِهَما جَمِيعًا ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ إِيْجَابَ النَّفَقَةِ عَلَى مَنْ لَا نَفْعَ لَهُ ضَرَرٌ مُجَرَّدٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِنَفْعِ أُمْتِي ، وَأَبْقَيْتُ عَلَى وَرَثَتِي ضَرَرَهَا . وَالشَّرْعُ يَنْفِي هَذَا بِقَوْلِهِ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(١) . وَلِذَلِكَ جَعَلَ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ ؛ لِيَكُونَ ضَرَرُهُ عَلَى مَنْ لَهُ نَفَعُهُ . وَفَارَقَ الْمُسْتَأْجَرَ ؛ فَإِنَّ نَفْعَهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلْمُؤْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْأَجْرَ عَوَضًا عَنِ الْمَنَافِعِ . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي كَسْبِهِ . وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى إِيْجَابِهَا عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِنْ مَنَافِعِهِ ، فَإِذَا صُرِفَتْ فِي نَفَقَتِهِ ، فَقَدْ صُرِفَتْ الْمَنْفَعَةُ الْمُوصَى بِهَا إِلَى النَّفَقَةِ ، فَصَارَ كَأَلَوْ صُرِفَ إِلَيْهِ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ سِوَاهُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، فَقِيلَ : تَجِبُ نَفَقَتُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الرِّقَةِ لَا يَتَنَفَّعُ بِهَا ، وَصَاحِبُ الْمَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ الرِّقَةَ ، فَلَا يَلْزَمُهُ إِحْيَاؤُهَا ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهَا ، قِيَاسًا عَلَى الْأَمَةِ .

قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، عَنِ الْقَوْلِ أَنَّهُ يَكُونُ فِي كَسْبِهَا : هُوَ رَاجِعٌ إِلَى إِيْجَابِهَا عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ . وَهَذَا الْوَجْهُ لِلْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهَا عَلَى مَالِكِهَا . يَعْنِي ، عَلَى مَالِكِ الرِّقَةِ . وَهُوَ

(١) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

وَفِي اعْتِبَارِهَا مِنَ الثُّلُثِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْتَبَرُ جَمِيعُهَا مِنَ
الثُّلُثِ . وَالثَّانِي ، تُقَوِّمُ بِمَنْفَعَتِهَا ، ثُمَّ تُقَوِّمُ مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ
فَيُعْتَبَرُ مَا بَيْنَهُمَا .

٢٧٣٤ - مسألة : (وفي اعتبارها من الثُّلُثِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يُعْتَبَرُ جَمِيعُهَا مِنَ الثُّلُثِ) يَعْنِي تُقَوِّمُ بِمَنْفَعَتِهَا ، وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ ثَمَنِهَا مِنَ
الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ أَمَةً لَا مَنْفَعَةَ فِيهَا لَا قِيَمَةَ لَهَا غَالِبًا (وَالثَّانِي ، تُقَوِّمُ بِمَنْفَعَتِهَا ،
ثُمَّ تُقَوِّمُ مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ ، فَيُعْتَبَرُ مَا بَيْنَهُمَا) فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَتُهَا بِمَنْفَعَتِهَا مِائَةً ،
وَقِيَمَتُهَا مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ عَشْرَةً ، عَلِمْنَا أَنَّ قِيَمَةَ الْمَنْفَعَةِ تَسْعُونَ .

الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً للإمام أحمد ، رَحِمَهُ اللهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنُ بَكْرُسٍ ،
وغيرهم ، وَعَنِ الْقَاضِي مِثْلُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ،
وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ ، أَنَّهُ عَلَى الْوَصِيِّ ، وَهُوَ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ .
وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ [٢٧٥/٢] فِي « التَّصْحِيحِ » . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » ، وَ« مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » .

قوله : (وفي اعتبارها من الثُّلُثِ وَجْهَانِ . وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ،
وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« شَرْحِ
الْحَارِثِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْتَبَرُ جَمِيعُهَا مِنَ الثُّلُثِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ
فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفَائِقِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تُقَوِّمُ بِمَنْفَعَتِهَا ، ثُمَّ تُقَوِّمُ

المقنع **وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرَقَبَتِهَا وَلَاخَرَ بِمَنْفَعَتِهَا ، صَحَّ . وَصَاحِبُ الرِّقَبَةِ كَالْوَارِثِ فِيمَا ذَكَرْنَا .**

الشرح الكبير **٢٧٣٥ - مسألة :** (وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرَقَبَتِهَا وَلَاخَرَ بِمَنْفَعَتِهَا ، صَحَّ . وَصَاحِبُ الرِّقَبَةِ كَالْوَارِثِ فِيمَا ذَكَرْنَا) .

فصل : وَإِذَا وَصَّى بِشَمْرَةٍ شَجَرَةٍ مُدَّةً ، أَوْ بِمَا^(١) تُثْمِرُ أَبَدًا ، صَحَّ ،

الإينصاف **مَسْلُوبَةُ الْمَنْفَعَةِ ، فَيُعْتَبَرُ مَا بَيْنَهُمَا . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » . وَقِيلَ : إِنْ وَصَّى بِمَنْفَعَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ ، اعْتَبِرَتْ قِيَمَةُ الرِّقَبَةِ بِمَنَافِعِهَا مِنْ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ عَبْدًا لَا مَنفَعَةَ لَهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، اعْتَبِرَتْ الْمَنفَعَةُ فَقَطْ مِنَ الثَّلَاثِ . اخْتَارَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » أَيْضًا ، فَقَالَ : وَهَلْ يُعْتَبَرُ خُرُوجُ ثَمَنِهَا مِنْ ثَلَاثِهِ ، أَوْ مَا قِيَمَتُهَا بِنَفْعِهَا وَبِدُونِهِ ؟ فِيهَا وَجْهَانِ . وَإِنْ وَصَّى بِنَفْعِهَا وَقَتًا ، فَقِيلَ كَذَلِكَ . وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ وَحْدَهُ مِنْ ثَلَاثِهِ ؛ لِإِمْكَانِ تَقْوِيمِهِ مُفْرَدًا . انْتَهَى . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » .**

فائدة : لَوْ مَاتَ الْمُوصِي لَهُ بِنَفْعِهَا ، كَانَتِ الْمَنفَعَةُ لَوَرَثَتِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، فِي الْأَجْرَةِ بِالْعَقْدِ . وَقَالَ : يَحْتَمِلُ مِثْلُهُ فِي هِبَةٍ نَفَعَ دَارِهِ ، وَسَكَنَاهَا شَهْرًا ، وَتَسْلِيمِهَا . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : بَلْ لَوَرَثَتِ الْمُوصِي . قُلْتُ : وَيَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ بِرَقَبَتِهَا ، أَنْ^(٢) تَكُونَ الرِّقَبَةُ لَوَارِثِهِ .

(١) في م : « بماء » .

(٢) في ط : « أو » .

وَلَا يَمْلِكُ وَاحِدٌ مِنَ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَارِثِ إِجْبَارَ الْآخَرِ عَلَى سَقْيِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى سَقْيِ مِلْكِهِ ، وَلَا سَقْيِ مِلْكِ غَيْرِهِ . فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَقْيَهَا بِحَيْثُ لَا يَضُرُّ بِصَاحِبِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْآخَرُ مَنَعَهُ . فَإِنْ يَسَتْ الشَّجَرَةُ ، فَحَطَبُهَا لِلْوَارِثِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَمَرَتِهَا مُدَّةً بَعَيْنَهَا ، فَلَمْ تَحْمِلْ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ قَالَ : لَكَ ثَمَرُهَا أَوَّلَ عَامٍ تُثْمِرُ . صَحَّ ، وَلَهُ ثَمَرُهَا فِي ذَلِكَ الْعَامِ . وَكَذَلِكَ إِذَا وَصَّى لَهُ بِمَا تَحْمِلُ أُمَّتُهُ أَوْ شَاتُهُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِشَجَرَةٍ ، وَلَا آخَرَ بِثَمَرَتِهَا ، صَحَّ ، وَقَامَ صَاحِبُ الرِّقْبَةِ مَقَامَ الْوَارِثِ فِيهَا لَهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِلَبَنِ شَاتِهِ وَصُوفِهَا ، صَحَّ ، كَمَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِلَبَنِهَا ، أَوْ صُوفِهَا ، صَحَّ ، وَيُقَوِّمُ الْمُوصَى بِهِ دُونَ الْعَيْنِ .

فصل : وَإِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِحَبِّ زَرْعِهِ ، [١٩٨/٥] وَلَا آخَرَ يَتَبَنَّهُ ، صَحَّ ، وَالتَّفَقُّعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِالزَّرْعِ . فَإِنْ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْإِنْفَاقِ ، فَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الشَّرِيكَيْنِ فِي (١) أَصْلِ الزَّرْعِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنْ سَقْيِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَيُخْرَجُ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ . هَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ فِي تَرْكِ الْإِنْفَاقِ ضَرَرًا عَلَيْهِمَا وَإِضَاعَةً لِلْمَالِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » (٢) . وَنَهَى عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ . وَالثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَى مَالِ نَصِيْبِهِ وَلَا عَلَى

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

وَأَنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُكَاتِبَةٍ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ .

المقنع

مالٍ غيره إذا كان كل واحدٍ منهما مُتَّفِرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا . وَأَصْلُ
الْوَجْهَيْنِ إِذَا اسْتَهْدَمَ الْحَائِطُ الْمُشْتَرَكُ ، فَدَعَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْآخَرَ إِلَى
مُبَانَاتِهِ ، فَاِمْتَنَعَ . وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ التَّفَقُّةُ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ قِيَمَةِ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَا مُشْتَرِكَيْنِ فِي أَصْلِ الزَّرْعِ .

الشرح الكبير

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ ، وَلَاخَرَ بِفَصٍّ ، صَحَّ ، وَلَيْسَ
لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْآخَرِ ، وَأَيُّهُمَا طَلَبَ قَلَعَ الْفَصُّ مِنَ الْخَاتَمِ
أَجِيبَ إِلَيْهِ ، وَأُجْبِرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى بَيْعِهِ ، أَوْ ^(١) اضْطَلَّحَا عَلَى
لُبْسِهِ ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا .

فصل : فَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِدِينَارٍ مِنْ غَلَّةٍ دَارِهِ ، وَغَلَّتْهَا دِينَارَانِ ،
صَحَّ . فَإِنْ أَرَادَ الْوَرَثَةُ بَيْعَ نِصْفِهَا وَتَرَكَ النِّصْفَ الَّذِي أَجْرُهُ دِينَارٌ ، فَلَهُ
مَنْعُهُمْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْقُصَ أَجْرُهُ عَنِ الدِّينَارِ . وَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ لَا
تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَلَهُمْ بَيْعُ مَا زَادَ عَلَيْهِ خَاصَّةً وَتَرَكَ الْبَاقِي . فَإِنْ كَانَ
غَلَّتْهُ ^(٢) دِينَارًا أَوْ أَقَلَّ ، فَهُوَ لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَإِنْ زَادَتْ ، فَلَهُ دِينَارٌ ، وَالبَاقِي
لِلْوَرَثَةِ .

٢٧٣٦ - مسألة : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمُكَاتَبِ ، إِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ بَيْعُهُ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُكَاتِبَةٍ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ - عَلَى مَا يَأْتِي
فِي بَابِ الْكِتَابَةِ ، وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ - وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا ،

الإيضاح

(١) سقط من : م .

(٢) في م : عليه .

الشرح الكبير

لأنه مَمْلُوكٌ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَصَحَّتِ الوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْقِنِّ . وَيَقُومُ مَنْ انْتَقَلَ
إِلَيْهِ مَقَامَ السَّيِّدِ فِي الْأَدَاءِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ عَجَزَ عَادَ رَقِيقًا لَهُ ، وَإِنْ عَتَقَ فَالْوَلَاءُ
لَهُ ، كَالْمُشْتَرَى . فَإِنْ عَجَزَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي لَمْ تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ رِقَّةَ
لَا يُنَافِيهَا ، وَإِنْ أَدَّى بَطَلَتْ . فَإِنْ قَالَ : إِنْ عَجَزَ وَرَقٌ فَهُوَ لَكَ بَعْدَ مَوْتِي .
فَعَجَزَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، وَإِنْ عَجَزَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَطَلَتْ ،
كَأَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . فَلَمْ يَدْخُلْهَا حَتَّى
مَاتَ سَيِّدُهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ عَجَزَ بَعْدَ مَوْتِي فَهُوَ لَكَ . فَفِيهِ وَجْهَانِ نَذَرُكُمَا
فِي الْعِتْقِ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ [١٩٨/٥ ط] الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ
حُرٌّ .

الإيناف

صَحَّ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَّ قَالَ فِي « الْخِلَافِ » ، فِي
مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ زَكَاةٌ : إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَصِحُّ بِمَالِ الْكِتَابَةِ وَالْعَقْلِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ .
فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ قَالَ : ضَعُوا نَجْمًا مِنْ كِتَابَتِهِ . فَلَهُمْ وَضَعُ أَىْ نَجْمٍ
شَاءُوا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا مَا شَاءَ الْمُكَاتِبُ . فَالْكُلُّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
إِذَا شَاءَ . وَقِيلَ : لَا . كَأَلَوْ قَالَ : ضَعُوا مَا شَاءَ مِنْ مَالِهَا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا أَكْثَرَ
مَا عَلَيْهِ ، وَمِثْلَ نِصْفِهِ . وَضَعَ عَنْهُ فَوْقَ نِصْفِهِ ، وَفَوْقَ رُبْعِهِ . يَعْنِي ، بِشَرْطِ أَنْ
يَكُونَ مِثْلَ نِصْفِ الْمَوْضُوعِ أَوَّلًا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَوْصَى لِمُكَاتِبِهِ بِأَوْسَطِ نَجْوِمِهِ ،
وَكَانَتْ النُّجُومُ شَفْعًا مُتَسَاوِيَةً الْقَدْرِ ، تَعْلَقُ الْوَضْعُ بِالشَّفْعِ الْمُتَوَسِّطِ ،
كَالْأَرْبَعَةِ ، الْمُتَوَسِّطُ مِنْهَا الثَّانِي وَالثَّلَاثُ ، وَكَالْبَيْتَةِ ، الْمُتَوَسِّطُ مِنْهَا الثَّلَاثُ
وَالرَّابِعُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأَصُولِيَّةِ » : ذَكَرَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْمُقَدِّسِيُّ وَغَيْرُهُ .

وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا ، صَحَّ .
وَأَنْ وَصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ ، وَبِمَا عَلَيْهِ لِآخَرَ ، صَحَّ . فَإِنْ أَدَّى

٢٧٣٧ - مسألة : (وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا ،
صَحَّ) لَأَنَّهَا تَصِحُّ بِمَا لَيْسَ بِمُسْتَقَرٍّ ، كَمَا تَصِحُّ بِمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي الْحَالِ ،
كَحَمْلِ الْجَارِيَةِ . وَلِلْمُوصِي لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَالَ عِنْدَ حُلُولِهِ ، وَلَهُ أَنْ يُرَى
مِنْهُ ، وَيَعْتَقَ بِأَحَدِهِمَا ، وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُنْعَمُ عَلَيْهِ . فَإِنْ عَجَزَ ،
وَأَرَادَ الْوَارِثُ تَعْجِيزَهُ ، وَأَرَادَ الْوَصِيُّ إِنْظَارَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ
حَقَّ الْوَصِيِّ فِي الْمَالِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ قَائِمًا ، وَحَقُّ الْوَارِثِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ ، إِذَا عَجَزَ
يُرُدُّهُ فِي الرَّقِّ ، وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ إِبْطَالُ حَقِّ الْوَارِثِ مِنْ تَعْجِيزِهِ . وَكَذَلِكَ
إِنْ أَرَادَ الْوَارِثُ إِنْظَارَهُ وَأَرَادَ الْوَصِيُّ تَعْجِيزَهُ ، فَالْحُكْمُ لِلْوَارِثِ ، وَلَا حَقَّ
لِلْوَصِيِّ فِي ذَلِكَ ، وَلَا نَفْعَ لَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَسْقُطُ بِهِ . وَمَتَى عَجَزَ عَادَ عَبْدًا
لِلْوَارِثِ . وَإِنْ وَصَّى بِمَا يُعَجِّلُهُ الْمُكَاتَبُ ، صَحَّ ، فَإِنْ عَجَّلَ شَيْئًا فَهُوَ
لِلْوَصِيِّ ، وَإِنْ لَمْ يُعَجِّلْ شَيْئًا حَتَّى حَلَّتْ نُجُومُهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

٢٧٣٨ - مسألة : (وَأَنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرَقَبَتِهِ وَلِآخَرَ بِمَا عَلَيْهِ ،
صَحَّ . فَإِنْ أَدَّى) إِلَى صَاحِبِ الْمَالِ أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ (عَتَقَ وَبَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ

قوله : وَأَنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا ، صَحَّ . بَلَا زَوَاعٍ ،
وَلِلْمُوصِي لَهُ الْأَسْتِيفَاءُ وَالْإِبْرَاءُ ، وَيَعْتَقُ بِأَحَدِهِمَا ، وَالْوَلَاءُ لِلْسَيِّدِ ، فَإِنْ عَجَزَ ،
فَأَرَادَ الْوَارِثُ تَعْجِيزَهُ ، وَأَرَادَ الْمُوصِيُّ لَهُ إِنْظَارَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ . وَكَذَا إِذَا
أَرَادَ الْوَارِثُ إِنْظَارَهُ ، وَأَرَادَ الْمُوصِيُّ لَهُ تَعْجِيزَهُ ، فَالْحُكْمُ لِلْوَارِثِ .

قوله : وَأَنْ وَصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ ، وَبِمَا عَلَيْهِ لِآخَرَ ، صَحَّ . فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَإِنْ

عَتَقَ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الرِّقَةِ ، وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ
صَاحِبِ الْمَالِ فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير
صَاحِبِ الرِّقَةِ) قَالَ أَصْحَابُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَهُ ؛
لأنَّه أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ ، وَلَوْ لَمْ يُوصِ بِهَا ، كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ ، فَإِذَا أَوْصَى بِهَا
كَانَ الْوَلَاءُ لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَكَأَلَوْ وَصَّى لَهُ بِالْمُكَاتَبِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ
يُسْتَفَادُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِالرِّقَةِ دُونَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَسَخَّ صَاحِبُ
الرِّقَةِ كِتَابَتَهُ ، وَكَانَ رَقِيقًا لَهُ . وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْمَالِ . وَإِنْ كَانَ
صَاحِبُ الْمَالِ قَبْضَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي فَسْخِ
الْكِتَابَةِ بَعْدَ الْعَجْزِ ، قُدِّمَ قَوْلُ صَاحِبِ الرِّقَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْوَرِثَةِ ،
عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً ، فَوَصَّى لِرَجُلٍ بِمَا فِي ذِمَّةِ
الْمُكَاتَبِ ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ فِي ذِمَّتِهِ . فَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا
أَقْبِضُهُ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ يُؤَدِّي مِنْهَا الْمَالُ كَمَا يُؤَدَّى
فِي الصَّحِيحَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِرَقِيقَةِ الْمُكَاتَبِ فِيهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهَا تَصَحُّ فِي

الإنصاف
عَجَزَ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الرِّقَةِ ، وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْمَالِ فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ . إِذَا أَدَّى
لِصَاحِبِ الْمَالِ ، أَوْ أَبْرَاهُ مِنْهُ ، عَتَقَ وَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الشَّارِحُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الرِّقَةِ ،
وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ . وَمَالٌ إِلَيْهِ وَقَوَاهُ . فَإِنْ عَجَزَ ، فَسَخَّ
صَاحِبُ الرِّقَةِ كِتَابَتَهُ ، وَكَانَ رَقِيقًا لَهُ ، وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْمَالِ . وَإِنْ كَانَ
قَبْضَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ .

.....
 المَكَاتِبَةُ الصَّحِيحَةُ ، ففى الفَاسِدَةِ أَوَّلَى . واللهُ أَعْلَمُ .

فصل : وإذا قال : اشْتَرُوا بثلثي رِقَابًا فَأَعْتِقُوهُمْ . لم يَجْزُ صَرْفُهُ إِلَى المَكَاتِبِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِالشَّرَاءِ ، لا بِالذَّفْعِ إِلَيْهِمْ . فَإِنْ اتَّسَعَ الثُّلُثُ لثَلَاثَةٍ ^(١) ، لم يَجْزُ أَنْ يُشْتَرَى أَقْلُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا أَقْلُ الْجَمْعِ . فَإِنْ قُدِرَ أَنْ يُشْتَرَى أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ بِثَمَنِ ثَلَاثَةٍ غَالِيَةٍ ، كَانَ أَوَّلَى وَأَفْضَلَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ امْرَأَةً مُسْلِمًا ، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ » ^(٢) . وَلِأَنَّهُ يُفَرِّجُ [١٩٩/٥] عَنْ نَفْسٍ زَائِدَةٍ ، فَكَانَ أَفْضَلَ مِنْ عَدَمِ ذَلِكَ . وَإِنْ أُمِكنَ شِرَاءُ ثَلَاثَةِ رَخِيصَةٍ وَحِصَّةٍ مِنَ الرَّابِعَةِ ، بِثَمَنِ ثَلَاثَةٍ غَالِيَةٍ ، فَالْثَلَاثَةُ أَفْضَلُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الرِّقَابِ ، قَالَ : « أَغْلَاهَا ثَمَنًا ، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا » ^(٣) . وَالْقَصْدُ مِنَ الْعِتْقِ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ ؛ مِنَ الْوَلَايَةِ ، وَالْجُمُعَةِ ، وَالْحَجِّ ، وَالْجِهَادِ ، وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِالرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، وَلا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِقَادِ جَمِيعِهِ . وَهَذَا التَّفْضِيلُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مِنَ النَّبِيِّ ﷺ إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ التَّسَاوَى فِي الْمَصْلَحَةِ ، فَأَمَّا إِنْ تَرَجَّحَ بَعْضُهُمْ بِدِينٍ وَعِفَّةٍ وَصَلَاحٍ

(١) سقط من : م .
 (٢) أخرجه البخارى ، فى : باب قوله تعالى : ﴿ فِك رِقْبَةً أَوْ إِطْعَامَ فِي يَوْمِ ذِي مَسْغِيَةٍ يَتِيمًا إِذَا مَقْرَبَةٌ ﴾ ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ أَوْ تَحْرِيرَ رِقْبَةٍ ﴾ وأى الرقاب أركى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ ، ١١٤٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقبة ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٤/٧ ، ٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ .
 (٣) تقدم تخريجه فى ١٣٣/٧ .

فصل : [١٦٦ ط] وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ بِشَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، فَتَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى أَوْ بَعْدَهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

وَمَصْلَحَةٌ لَهُ فِي الْعِتْقِ ، بَأَنْ يَكُونَ مَضْرُورًا بِالرِّقِّ وَلَهُ صَلاَحٌ فِي الْعِتْقِ ، وَغَيْرُهُ لَهُ مَصْلَحَةٌ فِي الرِّقِّ وَلَا مَصْلَحَةٌ لَهُ فِي الْعِتْقِ ، بَلْ رُبَّمَا تَضَرَّرَ بِهِ ، مِنْ قَوَاتِ نَفَقَتِهِ ، وَكِفَايَتِهِ ، وَمَصَالِحِهِ ، وَعَجَزَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ عَنِ الْكَسْبِ وَخُرُوجِهِ عَنِ الصِّيَانَةِ وَالْحِفْظِ ، فَإِنَّ إِعْتَاقَ مَنْ كَثُرَتِ الْمَصْلَحَةُ فِي إِعْتَاقِهِ أَفْضَلُ وَأَوْلَى وَإِنْ قُلْتُ قِيمَتُهُ . وَلَا يَسُوغُ إِعْتَاقُ مَنْ فِي إِعْتَاقِهِ مَفْسَدَةٌ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُوصِي تَحْصِيلُ الثَّوَابِ وَالْأَجْرِ ، وَلَا أَجَرَ فِي إِعْتَاقِ هَذَا . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ إِلَّا رَقَبَةٌ مُسْلِمَةٌ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(١) . لَمْ يَتَنَاوَلَ إِلَّا الْمُسْلِمَةَ ، وَمُطْلَقُ كَلَامِ الْآدَمِيِّ مَحْمُولٌ عَلَى مُطْلَقِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى . وَلَا يَجُوزُ إِعْتَاقُ مَعِيَّةٍ عَيْنًا يَمْنَعُ مِنَ الْإِجْزَاءِ فِي الْكُفَّارَةِ ؛ «لِما ذكرنا» ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ بِشَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، فَتَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى أَوْ بَعْدَهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ) كَذَلِكَ حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، فَقَالَ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أُوصِيَ لَهُ بِشَيْءٍ ، فَهَلَكَ الشَّيْءُ ، أَنْ لَا شَيْءَ لَهُ فِي سَائِرِ مَالِ الْمَيِّتِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالْوَصِيَّةِ لَا غَيْرُ ، وَقَدْ تَعَلَّقَتْ بِمُعَيَّنٍ ،

قوله : وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ بِشَيْءٍ بَعَيْنِهِ ، فَتَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى أَوْ بَعْدَهُ ، الإِنْصَافُ

(١) سورة المجادلة ٣ .

(٢-٢) سقط من : م .

وإن تلف المال كله غيره بعد موت الموصي، فهو للموصي له،
وإن لم يأخذه زماناً، قوم وقت الموت لا وقت الأخذ .

المقنع

فإذا ذهب، ذهب حقه، كما لو تلف في يده، والتركة في يد الورثة غير
مضمونة عليهم؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم، ولا تفریطهم،
فلم يضمنوا شيئاً .

الشرح الكبير

٢٧٣٩ - مسألة : (وإن تلف المال كله غيره بعد موت الموصي ،
فهو للموصي له) لأن حقوق الورثة لم تتعلّق به ؛ لتعيّنه للموصي له ،
ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنيهم ، فكان حقه فيه دون سائر المال ،
فحقوقهم في سائر المال دونه ، فأيهما تلف حقه لم يُشارك الآخر في حقه ،
كما لو كان التلّف بعد أن أخذه الموصي له ، وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف
[١٩٩/٥ ط] نصيب أحدهم . قال أحمد ، في من خلف مائتي دينار وعبدًا
قيّمته مائة ، وصّى لرجل بالعبد ، فسُرقت الدنانير بعد الموت : فالعبد
للموصي له به .

٢٧٤٠ - مسألة : (وإن لم يأخذه زماناً ، قوم وقت الموت لا وقت
الأخذ) وذلك لأن الاعتبار في قيمة الوصية وخروجها من الثلث أو^(١)

بطلت الوصية - بلا نزاع - وإن تلف المال كله غيره ، بعد موت الموصي ، فهو
للموصي له . بلا نزاع .

الإنصاف

قوله : وإن لم يأخذه زماناً ، قوم وقت الموت لا وقت الأخذ . يعني ، إذا

(١) في م : ١٠٠ .

عَدَمِ خُرُوجِهَا ، بِحَالَةِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهَا حَالُ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ ، فَتُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْمَالِ فِيهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَيَنْظُرُ كَمْ كَانَ الْمُوصَى بِهِ وَقْتَ الْمَوْتِ ، فَإِنْ كَانَ ثُلُثَ التَّرِكَةِ أَوْ دُونَهُ ، نَفَذَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَاسْتَحَقَّه الْمُوصَى لَهُ كُلَّهُ . فَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهُ حَتَّى صَارَ مُعَادِلًا لِسَائِرِ الْمَالِ^(١) أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ ، أَوْ هَلَكَ الْمَالُ كُلُّهُ سِوَاهُ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْوَرِثَةِ فِيهِ . فَإِنْ كَانَ حِينَ الْمَوْتِ زَائِدًا عَنِ الثُّلُثِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ مِنْهُ قَدْرُ ثُلُثِ الْمَالِ . فَإِنْ كَانَ نِصْفَ الْمَالِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثَاهُ . وَإِنْ كَانَ ثُلُثَيْهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ نِصْفُهُ . وَإِنْ كَانَ نِصْفَ الْمَالِ وَثُلُثَهُ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ خُمُسَاهُ . فَإِنْ نَقَصَ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ زَادَ ، أَوْ نَقَصَ سَائِرُ الْمَالِ أَوْ زَادَ ، فَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ سِوَى مَا كَانَ لَهُ^(٢) حِينَ الْمَوْتِ . فَلَوْ وَصَّى بِعَبْدٍ قِيَمَتُهُ مِائَةٌ وَلَهُ مِائَتَانِ ، فزَادَتْ قِيَمَتُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ حَتَّى صَارَ يُسَاوِي

أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ مَعْيْنٍ فَمَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : قَوْلُ الْخِرَقِيِّ هُوَ قَوْلُ قَدَمَاءِ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ أَوْجَهُ مِنْ قَوْلِ الْجَدِّ . يَعْنِي الْآتِي . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ بِالْمَوْتِ . اغْتَبِرَتْ قِيَمَتُهُ مِنَ التَّرِكَةِ بِسَعَرِهِ يَوْمَ الْمَوْتِ ، عَلَى أَدْنَى صِفَاتِهِ مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ إِلَى الْقَبُولِ ، سَعَرًا وَصِفَةً . انْتَهَى . فَبَنَى ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ بَيْنَ الْمَوْتِ

(١) فِي م : : الْأَمْوَالُ .

(٢) سَقَطَ مِنْ م : .

وإن لم يكن له سوى المعين إلا مال غائب، أو دين في ذمة مؤسر أو
 مغير، فللموصى له ثلث الموصى به. وكلما اقتضى
 من الدين شيء، أو حضر من الغائب شيء ملك من الموصى به
 قدر ثلثه حتى يملكه كله،

المنع

ماتنين، فهو للموصى له كله. وإن كانت قيمته حين الموت مائتين،
 فللموصى له ثلثاه؛ لأنهما ثلث المال. فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى
 صار يساوي مائة، لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً إلا أن يجيز الورثة.
 وإن كانت قيمته أربعمائة، فللموصى له نصفه، لا يزداد حقه عن ذلك،
 سواء نقص العبد أو زاد.

الشرح الكبير

٢٧٤١ - مسألة: (فإن لم يكن له سوى المعين إلا مال غائب،
 أو دين في ذمة مؤسر أو مغير، فللموصى له ثلث الموصى به. وكلما
 اقتضى من الدين شيء، أو حضر من الغائب، ملك من الموصى به قدر
 ثلثه، حتى يملكه كله) وجملة ذلك، أن من وصى بمعين حاضِر، وسائر
 ماله دين أو غائب، فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض
 الدين؛ لأنه ربما تلف، فلا تنفذ الوصية في المعين كله، ويأخذ الوصي
 من المعين ثلثه. وهو ظاهر كلام الخِرَقِيّ، ذكره في المدبّر. وقيل:

والقبول؛ هل هو للموصى له، أو للورثة؟ على ما تقدّم في كتاب الوصايا، في
 الفوائد المبينة على قوله: وإن قبلها بعد الموت، ثبت الملك حين القبول. وذكرنا
 هذا هناك أيضاً.

الإنصاف

قوله: وإن لم يكن له شيء سوى المعين إلا مال غائب، أو دين في ذمة

الشرح الكبير

لا يُدْفَعُ إليه شيءٌ ؛ لأنَّ الورثةَ شُرَكَاءُوه في التَّركَةِ ، فلا يَحْصُلُ له شيءٌ ما لم يَحْصُلْ للورثةِ ^(١) مثلاه ، ولم يَحْصُلْ لهم شيءٌ . وهذا وَجْهٌ لأصحابِ الشافعي . والصحيحُ الأولُ ؛ لأنَّ حَقَّهُ في الثُّلثِ مُسْتَقَرٌّ ، فَوَجِبَ تَسْلِيمُهُ إليه ؛ لَعَدَمِ الفَائِدَةِ في وَقْفِهِ ، كما لو لم يُخَلَّفْ غيرَ الْمُعَيَّنِ ، ولأنَّه لو تَلَفَ سائرُ المالِ [٢٠٠/٥] لَوَجِبَ تَسْلِيمُ ثُلثِ الْمُعَيَّنِ إلى الوَصِيِّ ، وليس تَلَفُ المالِ سَبَبًا لاسْتِحْقَاقِ الوصيةِ وتَسْلِيمِهَا ، ولا يَمْتَنِعُ نَفْوذُ الوصيةِ في الثُّلثِ المُسْتَقَرِّ وإن لم يَتَنَفَّعِ الورثةُ بشيءٍ ، كما لو أْبْرَأَ مُعْسِرًا مِنْ دَيْنٍ عليه . وقال مالكٌ : يُخَيَّرُ الورثةُ بَيْنَ دَفْعِ الْعَيْنِ الْمُوصَى بها ، وَبَيْنَ جَعْلِ وَصِيَّتِهِ ثُلثَ المالِ ؛ لأنَّ الْمُوصَى كان له أن يُوصِيَ بِثُلثِ مَالِهِ ، فَعَدَلَ إلى الْمُعَيَّنِ ، وليس له ذلك ؛ لأنَّه يُودَى إلى أن يَأْخُذَ الْمُوصَى له الْمُعَيَّنَ ، فَيَنْفَرِدَ بِالتَّركَةِ على تَقْدِيرِ تَلَفِ الْبَاقِي قَبْلَ وُصُولِهِ إلى الورثةِ ، فيُقَالُ للورثةِ : إن رَضِيتُمْ بذلك ، وإِلَّا فَعُودُوا إلى ما كان له أن يُوصِيَ به ، وهو الثُّلثُ . ولنا ، أَنَّهُ أَوْصَى بما لا يَزِيدُ على الثُّلثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَوَقَعَ لَازِمًا ، كما لو وَصَّى له بِمُشَاعٍ . وما قاله لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ جَعْلَ حَقِّهِ في قَدْرِ الثُّلثِ إِشَاعَةٌ وَإِبْطَالٌ لِمَا عَيْنُهُ ، فلا يَجُوزُ إِسْقَاطُ مَا عَيْنَهُ الْمُوصَى لِلْمُوصَى له وَنَقْلُ حَقِّهِ إلى ما لم يُوصَ به ، كما لو وَصَّى له بِمُشَاعٍ ، لم يَجُزْ نَقْلُهُ إلى مُعَيَّنٍ ، وكما لو كان المَالُ كُلُّهُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلْمُوصَى له ثُلثَ الْعَيْنِ الْحَاضِرَةِ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ أَوْ حَضَرَ

مُوسِرٌ أَوْ مُعْسِرٌ ، فَلِلْمُوصَى له ثُلثُ الْمُوصَى به ، [٢٧٥/٢] وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ

الإنصاف

(١) في م : : الورثة .

المقنع وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمُدَبِّرِ .

الشرح الكبير

مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ مِنَ الْمَوْصَى بِهِ كَذَلِكَ ، حَتَّى يَكْمُلَ لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ، أَوْ يَأْخُذَ الْمُعَيَّنُ كُلَّهُ . فَلَوْ خَلَّفَ تِسْعَةً عَيْنًا ، وَعِشْرِينَ دَيْنًا ^(١) ، وَابْنًا ، وَوَصَّى بِالتَّسْعَةِ لِرَجُلٍ ، فَلِلْمُوصَى ثُلُثُهَا ثَلَاثَةٌ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، فَلِلْمُوصَى ثُلُثُهُ ، فَإِذَا اقْتَضَى ثُلُثُهُ فَلَهُ مِنَ التَّسْعَةِ وَاحِدٌ ، حَتَّى يَقْتَضِيَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، فَتَكْمُلُ لَهُ التَّسْعَةُ . فَإِنْ جَحَدَ الْغَرِيمُ ، أَوْ مَاتَ ، أَوْ يَمُوتَ مِنْ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ، أَخَذَ الْوَرِثَةُ السِّتَّةَ الْبَاقِيَةَ مِنَ الْعَيْنِ . وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ تِسْعَةً ، فَإِنَّ الْإِبْنَ يَأْخُذُ ثُلْثَ الْعَيْنِ ، وَيَأْخُذُ الْوَصِيُّ ثُلُثَهَا ، وَيَبْقَى ثُلُثُهَا مَوْقُوفًا ، كُلَّمَا اسْتَوْفَى مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، فَلِلْمُوصَى مِنَ الْعَيْنِ قَدْرُ ثُلُثِهِ ، فَإِذَا اسْتَوْفَى الدَّيْنُ كُلَّهُ ، كُمِّلَ لِلْمُوصَى لَهُ سِتَّةٌ ، وَهِيَ ثُلْثُ الْجَمِيعِ . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ يَنْصَفُ الْعَيْنَ ، أَخَذَ الْوَصِيُّ ثُلُثَهَا ، وَأَخَذَ الْإِبْنُ نِصْفَهَا ، وَبَقِيَ سُدُسُهَا مَوْقُوفًا ، فَمَتَى اقْتَضَى مِنَ الدَّيْنِ مِثْلِيَهُ ، كُمِّلَتْ وَصِيَّتُهُ .

٢٧٤٢ - مسألة : (وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمُدَبِّرِ) فِي أَنَّهُ يَغْتَقُ فِي

الإِنصاف

الدَّيْنِ شَيْءٌ ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ ، مَلَكَ مِنَ الْمَوْصَى بِهِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ حَتَّى يَمْلِكَهُ كُلَّهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمُدَبِّرِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ . وَذَكَرَهُ

(١) فِي م : دِينَارًا .

الحال ثلثه ، وكلما اقتضى من الدين شيء أو حصر من الغائب شيء ، الشرح الكبير
عَتَقَ منه بقدر ثلثه ، حتى يَعْتَقَ جميعه إن خَرَجَ من الثلث .

فصل : فإن كان الدين مثل العين ، فوصى لرجل بثلثه ، فلا
[٢٠٠/٥ ظ] شيء له قبل استيفائه ، فكُلما اقتضى منه شيء ، فله ثلثه ،
وللابن ثلثاه . وهذا أحد قولَي الشافعي . وقال في الآخر : هو أحقُّ بما
يَخْرُجُ من الدين ، حتى يَسْتَوْفَى وصيته . وهذا قول أهل العراق ؛ لأنَّ
ذلك يَخْرُجُ من ثلث المال الحاضر . ولنا ، أنَّ الورثة شرَكاؤه في الدين ،
وليس له معهم شَرَكَةٌ في العين ، فلا يَخْتَصُّ بما يَخْرُجُ منه دونهم ، كما
لو كان شريكه في الدين وصياً آخر ، وكما لو وصى لرجل بالعين والآخر
بالدين ، (فإنَّ المنفرد) بوصية الدين لا يَخْتَصُّ بما خَرَجَ منه دون
صاحبه ، كذا ههنا .

فصل : ولو وصى لرجل بثلث ماله ، وله مائتان ديناً ، وعبدٌ يساوي
مائة ، ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما
اقتضى من الدين شيء ، فللموصى له بثلث المال رُبْعُه ، وله ولآخر من
العبد بقدر رُبْعِ ما استوفى بينهما نصفين . فإذا استوفى الدين كله ، كُمِّلَ

الخزقي في المُدَبِّر . وقدمه في « الفائق » ، و « الحارثي » . وقال : قاله
الأصحاب . وصححه . وقيل : لا يُدْفَعُ إليه شيء ، بل يُوقَفُ ؛ لأنَّ الورثة
شرَكاؤه في التركة ، فلا يَحْصُلُ له شيء ما لم يَحْصُلَ للورثة مثلاًه . قلت : وهذا

لِلْوَصِيِّينَ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَلصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعُ الْمَائَتَيْنِ ، وَذَلِكَ هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ . وَإِنْ اسْتَوْفَى الدَّيْنُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، قُسِمَا بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِثُلُثٍ^(١) الْعَبْدُ رُبْعُهُ ؛ لِأَنَّ لِلْوَصِيِّينَ^(٢) أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِ الْمَالِ ، وَالْجَائِزُ مِنْهُمَا^(٣) ثُلُثُ الْمَالِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَتْسَاعٍ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ وَصِيَّتُهُمَا ، فَرَدَدْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى ثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ وَصِيَّتِهِ ، وَهِيَ رُبْعُ الْمَالِ كُلِّهِ لَصَاحِبِ ثُلُثِهِ ، وَرُبْعُ الْعَبْدِ لَصَاحِبِ ثُلُثِهِ . وَفِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ سِوَى مَا قُلْنَا ، تَرَكْنَاهَا لَطَوِيلِهَا ، وَهَذَا أَسَدُهَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ لِأَنَّا أَدْخَلْنَا النِّقْصَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ مَا لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَكَمَلْنَا لهما الثُّلُثَ ، فَإِنْ أُجِيزَ لهما أَخْذُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا بَقِيَ مِنْ وَصِيَّتِهِ ، وَهُوَ رُبْعُهَا ، فَيُكَمَّلُ ثُلُثُ الْمَالِ لَصَاحِبِهِ ، وَثُلُثُ الْعَبْدِ لِلْآخِرِ .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَتَرَكَ عَشْرَةَ عَيْنًا ، وَعَشْرَةَ دَيْنًا عَلَى أَحَدِ ابْنَيْهِ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، وَوَصَّى لِأُجْنَبِيٍّ بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِنَّ الْوَصِيَّ وَالابْنَ الَّذِي

بَعِيدٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّهُ إِذَا أَخَذَ ثُلُثَ هَذَا الْمُعْسِرِ ، يَبْقَى ثَلَاثُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنَ الْمَالِ الْغَائِبِ وَالِدَيْنِ شَيْءٌ أَثْبَتَ ، فَلِلْوَرَثَةِ الْبَاقِي مِنْ هَذَا الْمُوصَى بِهِ ، فَمَا يَحْصُلُ لِلْمُوصَى لَهُ شَيْءٌ إِلَّا لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ . غَايَتُهُ أَنَّهُ غَيْرُ مُعْسِرٍ ، وَلَا يَضُرُّ ذَلِكَ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْحَاصِلِ بِسَفَرِهِ يَوْمَ الْمَوْتِ عَلَى أَذْنَى صِفَتِهِ ، مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ إِلَى يَوْمِ الْحُصُولِ .

(١) ق م : « ثلث » .

(٢) فِي الْمَعْنَى ٥٧٦/٨ : « الْوَصِيَّتَيْنِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

وَأِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ عَبْدٍ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلَاثُهُ ، فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي ،
وَأِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَاسْتَحَقَّ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ مَاتَا ،

الشرح الكبير

لَا دَيْنَ عَلَيْهِ يَقْتَسِمَانِ الْعَشْرَةَ الْعَيْنَ نِصْفَيْنِ ، وَيَسْقُطُ عَنِ الْمَدِينِ ثُلَاثُ دَيْنِهِ ، وَيَبْقَى لَهَا عَلَيْهِ ثُلَاثُهُ . فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالرُّبْعِ ، قُسِمَتِ الْعَشْرَةُ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا ، لِلْوَصِيِّ خُمْسُهَا أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْأَبْنِ سِتَّةٌ ، وَسَقَطَ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ دَيْنِهِ ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ رُبْعُهُ ، فَإِذَا اسْتَوْفَى قُسِمَ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا ، كَمَا قُسِمَتِ الْعَيْنُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالرُّبْعِ ، وَهُوَ ثَمْنَانِ ، وَيَبْقَى سِتَّةُ أَثْمَانٍ ، لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، فَصَارَ نَصِيبُ الْوَصِيِّ وَالْأَبْنِ الَّذِي لَا دَيْنَ عَلَيْهِ خَمْسَةَ أَثْمَانٍ ، لِلْأَبْنِ ثَلَاثَةٌ ، [٢٠١/٥] وَلِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، فَلِذَلِكَ قُسِمْنَا الْعَيْنَ وَمَا حَصَلَ لَهَا مِنَ الدَّيْنِ بَيْنَهُمَا ^(١) أَخْمَاسًا ، وَسَقَطَ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ ثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ التَّصْفِرِ الَّذِي عَلَيْهِ .

فصل : ونماء العين الموصى بها إن كان متصلاً تبعها ، وهو للموصى له . وإن كان منفصلاً في حياة الموصى ، فهو له ، يكون ميراثاً . وإن حدث بعد الموت قبل القبول ، فهو للورثة ، في ظاهر المذهب . وقيل : للوصى . وقد ذكرناه .

٢٧٤٣ - مسألة : (وإن وصى له بثُلْثِ عَبْدٍ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلَاثُهُ ، فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي . وإن وصى له بثُلْثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَاسْتَحَقَّ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ مَاتَا ،

قوله : وإن وصى له بثُلْثِ عَبْدٍ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلَاثُهُ ، فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي . يَعْنِي ، إِذَا

(١) سقط من : م .

المقنع فَلَهِ ثُلُثُ الْبَاقِي .

الشرح الكبير فله ثُلُثُ الْبَاقِي (إذا وَصَّى له بِمُعَيَّنٍ ، فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهُ ، فله ما بَقِيَ منه إن حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، فَإِذَا وَصَّى له بِثُلُثِ عَبْدٍ أَوْ دَارٍ ، فَاسْتَحَقَّ الثُّلُثَانِ مِنْهُ ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي لِلْمُوصَى له . وهو قولُ الشافعي ، وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ كُلَّهُ مُوصَى به ، وقد خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، فَاسْتَحَقَّهُ الْمُوصَى له ، كما لو كان شَيْئًا مُعَيَّنًا . وَإِنْ وَصَّى له بِثُلُثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَهَلَكَ عَبْدَانِ أَوْ اسْتَحَقَّا ، فَلَيْسَ له إِلَّا ثُلُثُ الْبَاقِي . وبه قال الشافعي ، وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوصَ له مِنَ الْبَاقِي بِأَكْثَرٍ مِنْ ثُلُثِهِ ، وقد شَرَكَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَرَثَتِهِ فِي اسْتِحْقَاقِهِ .

الإِنصاف خَرَجَ مِنَ ثُلُثِ التَّرَكَةِ . قَالَه الْأَصْحَابُ . وهذا المذهب ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ به فِي « الْمَعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْوَجِيز » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : له ثُلُثُ ثُلُثِهِ ، لَا غَيْرُ .

تَنْبِيْهٌ : بِمِثْلِ ذَلِكَ ، إِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ صُبْرَةٍ مِنْ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ ، فَتَلَفَ ، أَوْ اسْتَحَقَّ ثُلُثَاها ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا .

قوله : وَإِنْ وَصَّى له بِثُلُثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَاسْتَحَقَّ اثْنَانِ ، أَوْ مَاتَا ، فله ثُلُثُ الْبَاقِي . هذا المذهب ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ به فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « النُّظْمِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : جَمِيعُهُ له ، إِذَا لَمْ يُجَاوِزْ ثُلُثَ قِيَمَتِهَا .

وَأِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ بِقَدَرٍ نِصْفِ الدِّيَّةِ ، فَهَلْ تُحْسَبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْمَقْنَعِ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرَ الْعَبْدِ مَائَتَانِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . فَإِنْ رَدُّوا ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدُسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ [١٦٧] بِالْعَبْدِ نِصْفُهُ . وَعِنْدِي أَنَّهُ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا لَهُمَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ خُمُسُ الْمَائَتَيْنِ وَعُشْرُ الْعَبْدِ وَنِصْفُ عُسْرِهِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ رُبْعُهُ وَخُمْسُهُ .

٢٧٤٤ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَا آخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرَ الْعَبْدِ مَائَتَانِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدُسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ نِصْفُهُ) قَالَ شَيْخُنَا : (وَعِنْدِي أَنَّهُ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا لَهُمَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ خُمُسُ الْمَائَتَيْنِ وَعُشْرُ الْعَبْدِ وَنِصْفُ عُسْرِهِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ رُبْعُهُ وَخُمْسُهُ) وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ

قوله : (وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَا آخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرَ الْعَبْدِ مَائَتَانِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، أَعْنَى فِي الْمُرَاحِمَةِ فِي الْعَبْدِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ؛ الْخِرَقِيُّ ، فَمَنْ بَعَدَهُ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهُوَ قَوْلُ سَائِرِ

إذا وصى لرجل بمعين من ماله ، ولا آخر بجزء مشاع منه كثلثه ، فأجير
لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ، ثم شارك صاحب
المعين فيه ، فيقسم بينهما على قدر حقيهما^(١) فيه ، ويدخل النقص على
كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، كمسائل العول ، وكألو وصى
لرجل بماله ولا آخر بجزء منه . فأما في حال الرد ، فإن كانت وصيتهما
لا تجاوز الثلث ، مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ، ولا آخر بمعين
قيمته سدس المال ، فهي كحالة الإجازة سواء ، إذ لا أثر للرد . وإن
جاوزت الثلث ، ردنا وصيتهما إلى الثلث ، وقسمناه بينهما على قدر
وصيتهما ، [٢٠١/٥ ظ] إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين ،
والآخر يأخذ حقه من جميع المال . هذا قول الخرقي ، وسائر
الأصحاب . ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث ، على
حسب ما لهما في حال الإجازة . وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال أبو
حنيفة ، ومالك ، في الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ، ويضم
الآخر سهامه إلى سهام الورثة ، ويقتسمون الباقي على خمسة ، في مثل
مسألة الخرقي ؛ لأن له السدس ، وللورثة أربعة أسداس . وهو مثل قول

الأصحاب . قال ابن رجب : وتبع الخرقي على ذلك ابن حامد ، والقاضي ،
والأصحاب . ثم قال : فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين
مختلفين . ولا إشكال على هذا . وإن حمل على إطلاقه ، وهو الذي اقتضاه كلام

(١) في الأصل : « حقيهما » .

الشرح الكبير

الْخِرْقَى ، إِلَّا أَنَّ الْخِرْقَى يُعْطِيهِ السُّدُسَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَأْخُذُ خُمُسَ الْمَائَتَيْنِ وَعُشْرَ الْعَبْدِ . وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَصِيِّينَ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ الْمَالِ ، وَقَدْ رَجَعَتِ الْوَصِيَّتَانِ إِلَى الثُّلُثِ ، وَهُوَ نِصْفُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، وَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ مَا لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ . وَفِي قَوْلِ الْخِرْقَى يَأْخُذُ سُدُسَ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ الْجَمِيعِ . وَأَمَّا فِي قَوْلِ شَيْخِنَا ، فَإِنَّ وَصِيَّةَ صَاحِبِ الْعَبْدِ دُونَ وَصِيَّةِ صَاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ شَرَكَ مَعَهُ غَيْرَهُ فِيهِ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ ^(١) أَفْرَدَهُ ^(٢) بِشَيْءٍ لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ غَيْرُهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْسَمَ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ حَالَةَ الرَّدِّ عَلَى حَسَبِ مَا لَهُمَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، كَمَا فِي سَائِرِ الْوَصَايَا . فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ سِتَّةً وَسِتُّونَ وَثُلْثَانِ ، لَا يُزَاجِمُهُ الْآخَرُ فِيهَا ، وَيَشْتَرِكُ فِي الْعَبْدِ ، لِهَذَا ثُلُثُهُ ، وَلِلْآخَرِ جَمِيعُهُ ، فَابْتَسَطَهُ مِنْ جِنْسِ الْكُسْرِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، يَصِيرُ الْعَبْدُ ثَلَاثَةً ، وَاضْمُمُ إِلَيْهَا الثُّلُثَ الَّذِي لِلْآخَرِ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةً ، ثُمَّ اقْسِمِ الْعَبْدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُمٍ ، يَصِيرُ

الْأَكْثَرَيْنِ ، فَهُوَ وَجْهٌ آخَرُ . ثُمَّ قَالَ : وَنُصِصُ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَأَصُولُهُ مُخَالَفَةٌ لَذَلِكَ . ثُمَّ قَالَ : وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ الْأَصْحَابَ اسْتَشْكَلُوا مَسْأَلَةَ الْخِرْقَى ، وَأَنْكَرُوهَا عَلَيْهِ ، وَنَسَبُوهَ إِلَى التَّبَرُّدِ بِهَا . ذَكَرَ ذَلِكَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » .

(١) فِي م : السُّدُسُ .

(٢) فِي م : أَفْرَدَ .

الشرح الكبير
 الثُّلُثُ رُبْعًا ، كما في مسائل العَوْلِ . وفي حالِ الرَّدِّ تُرَدُّ وَصِيَّتُهُمَا إِلَى ثُلْثِ
 الْمَالِ ، وَهُوَ نِصْفُ وَصِيَّتَيْهِمَا ، فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ،
 فَيَرْجِعُ صَاحِبُ الثُّلْثِ إِلَى سُدُسِ الْجَمِيعِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْعَبْدِ إِلَى
 نِصْفِهِ . وفي قولِ شَيْخِنَا : تَضْرِبُ مَخْرَجَ الثُّلْثِ فِي مَخْرَجِ الرَّبْعِ ، يَكُنْ
 اثْنَتَيْ عَشَرَ ، ثُمَّ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، فَلصاحبِ الثُّلْثِ ثُلْثُ
 الْمِائَتَيْنِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ ^(١) ، وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ ، صَارَ لَهُ أَحَدُ
 عَشَرَ ، وَلصاحبِ الْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةٌ ، فَبُضِّمَتْهَا إِلَى صَاحِبِ
 الثُّلْثِ تَصِيرُ عِشْرِينَ سَهْمًا ، فَفِي حَالِ الرَّدِّ يُجْعَلُ الثُّلْثُ عِشْرِينَ سَهْمًا ،
 وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتُّونَ ، فَلصاحبِ الْعَبْدِ تِسْعَةٌ مِنَ الْعَبْدِ ، [٢٠٢/٥] وَهُوَ رُبْعُهُ
 وَخُمْسُهُ ، وَلصاحبِ الثُّلْثِ ثَمَانِيَةٌ مِنَ الْأَرْبَعِينَ ^(٢) ، وَهِيَ خُمْسُهَا ، وَثُلُثُهُ
 مِنَ الْعَبْدِ وَذَلِكَ عِشْرُهُ وَنِصْفُ عِشْرِهِ ^(٣) .

الإنصاف
 قوله : وَإِنْ رَدُّوا ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لِلْمَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ
 الْعَبْدِ ، وَلِلْمَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ نِصْفُهُ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
 الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، وَمُعْظَمُ الْأَصْحَابِ . قَالَ
 الزَّرْكَاشِيُّ : هُوَ قَوْلُ جُمْهُورِ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ
 فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الزَّرْكَاشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ :
 وَعِنْدِي أَنَّهُ يُقَسَّمُ الثُّلْثُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا لِيَهُمَا فِي حَالِ الْإِجَارَةِ ؛ لَصَاحِبِ الثُّلْثِ

(١) بَعْدَهُ فِي الْمَعْنَى ٥٢٧/٨ : « مِنْ أَرْبَعِينَ » .

(٢) فِي النُّسخَتَيْنِ : « الْمِائَتَيْنِ » . وَانْظُرِ الْمَعْنَى ٥٢٧/٨ .

(٣) فِي م : « عِشْرَةٌ » .

وَأِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالنِّصْفِ مَكَانَ الثُّلْثِ ، فَأَجَازُوا ، فَلَهُ مِائَةٌ وَثُلُثُ الْعَبْدِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلَاثُهُ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلَاثُهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لِصَاحِبِ النِّصْفِ خُمْسُ الْمِائَتَيْنِ وَخُمْسُ الْعَبْدِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ خُمْسَاهُ ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَالطَّرِيقُ فِيهَا ، أَنَّ تَنْظُرَ مَا حَصَلَ لَهُمَا فِي حَالِ

٢٧٤٥ - مسألة : (وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث الشرح الكبير
 فله) في حال الإجازة (مائة وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه) وفي
 الرد ، لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ، ولصاحب العبد
 خمساه . هذا قول أبي الخطاب (وهو قياس قول الخِرَقِيِّ) وعلى اختيار
 شيخنا ، لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد
 ثلثه . والطريق فيها ، أن ينسب الثلث إلى ما حصل لهما في حال الإجازة ،

خمس المائتين ، وعشر العبد ، ونصف عشره ، ولصاحب العبد ربعه وخمسه . الإناصاف
 وهو تخريج في « المُحرَّر » . قال في « القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة »^(١) ،
 وفي تخريج صاحب « المُحرَّر » نظر ، وذكره .

قوله : وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث ، فردوا ، فلصاحب النصف
 ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وهذا اختيار المصنف .
 وجزم به في « الوجيز » . فوافق المصنف هنا ، وخالفه في التي قبلها . وهو

(١ - ١) في النسخ : « القاعدة الخامسة عشرة » .

المقنع الإجازة فتنسب إليه ثلث المال ، وتُعطى كل واحد مما كان له في الإجازة مثل نسبة الثلث إليه . وعلى قول الخرقى ، تنسب الثلث إلى وصيتهما جميعاً ، وتُعطى كل واحد مما له في الإجازة مثل تلك النسبة .

الشرح الكبير ثم يُعطى كل واحد مما حصل له في الإجازة ، مثل نسبة الثلث إليه (وعلى قول الخرقى ، يُنسب الثلث إلى وصيتهما جميعاً ، ثم يُعطى كل واحد) في الردّ مثل الخارج بالنسبة . ويأتي في هذه المسألة أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين ؛ لأن النصف والثلث خمسة من ستة ، فالثلث خمسها ، فلصاحب العبد خمس العبد ؛ لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس ؛ لأنه خمس وصيته . وعلى اختيار شيخنا ، قد حصل لهما في الإجازة الثلثان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف ، فلكل واحد منهما مما حصل في الإجازة نصفه ، وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها ، فله رُبُعها ، وكان له من العبد ثلثه ، فصار له سدسه ، وكان لصاحب العبد ثلثاه ، فصار له ثلثه .

فصل : فإن كانت المسألة بحالها ، وملّكه غير العبد ثلاثمائة ، ففي الإجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه . وفي الردّ ، لصاحب النصف تسعاً المال كله ، ولصاحب العبد أربعة

الإنصاف غريب . وقال أبو الخطّاب : لصاحب النصف خمس المائتين ، وخمس العبد ، ولصاحب العبد خمسها . وهو قياس قول الخرقى . وهو الصحيح . قال الزركشي : وهو قول الجمهور .

الشرح الكبير

أَتَسَاعِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَعَلَى اخْتِيَارِ شَيْخِنَا ، لَصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلُثُهُ وَخُمْسُ تُسْعِهِ ، وَلِلْآخِرِ تُسْعُهُ وَثُلُثُ خُمْسِهِ ، وَمِنَ الْمَالِ ثَمَانُونَ ، وَهُوَ رُبُعُهَا وَسُدُسُ عَشْرَها . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِالْعَبْدِ ، فَفِي الْإِجَازَةِ ، لَصَاحِبِ الْعَبْدِ نِصْفُهُ ، وَالْبَاقِي كُلُّهُ لِلْآخِرِ . وَفِي الرَّدِّ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ ، لَصَاحِبِ الْعَبْدِ خُمْسُهُ ، وَهُوَ رُبُعُ الْعَبْدِ وَسُدُسُ عَشْرِهِ ، وَلِلْآخِرِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، فَلَهُ مِنَ الْعَبْدِ مِثْلُ مَا حَصَلَ لَصَاحِبِهِ ، وَمِنْ كُلِّ مِائَةٍ مِثْلُ ذَلِكَ ^(١) ، وَهُوَ ثَمَانُونَ .

فصل : فلو خَلَفَ عَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَمِائَتَيْنِ ، [٢٠٢/٥ ظ] وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ وَبِالْعَبْدِ كُلَّهُ ، وَوَصَّى بِالْعَبْدِ لِآخَرَ ، فَفِي حَالِ الْإِجَازَةِ يُقَسَّمُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيَنْفَرِدُ صَاحِبُ الْمِائَةِ بِنِصْفِ الْبَاقِي . وَفِي الرَّدِّ ، لِلْمَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثُلُثُهُ ، وَلِلْآخِرِ ثُلُثٌ وَثُلُثُ الْمِائَةِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، لَصَاحِبِ الْعَبْدِ رُبْعُهُ ، وَلِلْآخِرِ رُبْعُهُ وَنِصْفُ الْمِائَةِ ، يَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِ نَصِيبِهِ . فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى الثُّلُثِ ، كَرَجُلٍ خَلَفَ خَمْسَ مِائَةٍ وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَوَصَّى بِسُدُسِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، وَلِآخَرَ بِالْعَبْدِ ، فَلَا أَثَرَ لِلرَّدِّ هَهُنَا ، وَيَأْخُذُ صَاحِبُ الْمُشَاعِ سُدُسَ الْمَالِ وَسُبْعَ الْعَبْدِ ، وَلِلْآخِرِ سِتَّةُ أَشْبَاعِهِ . فَإِنْ وَصَّى لَصَاحِبِ الْمُشَاعِ بِخُمْسِ الْمَالِ ، فَلَهُ مِائَةٌ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلَصَاحِبِ الْعَبْدِ خَمْسَةُ أَشْدَاسِهِ . وَلَا أَثَرَ لِلرَّدِّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّتَيْنِ لَا تَزِيدُ عَلَى ثُلُثِ الْمَالِ .

الإنصاف

(١) سقط من : م .

المتنع وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بِمِائَةٍ ، وَلِثُلَاثٍ بِتَمَامِ الثُّلْثِ عَلَى الْمِائَةِ ، فَلَمْ يَزِدِ الثُّلْثُ [١٦٧ ط] عَلَى الْمِائَةِ ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمَامِ ، وَقَسَمَتِ الثُّلْثُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتَيْهِمَا . وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمِائَةِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، نَفَذَتِ الْوَصِيَّةَ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي . وَإِنْ رَدُّوا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ وَصِيَّتِهِ عِنْدِي . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لِصَاحِبِ التَّمَامِ شَيْءٌ حَتَّى تَكْمُلَ الْمِائَةُ لِصَاحِبِهَا ، ثُمَّ يَكُونُ

٢٧٤٦ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بِمِائَةٍ ، وَلِثُلَاثٍ بِتَمَامِ الثُّلْثِ عَلَى الْمِائَةِ ، فَلَمْ يَزِدِ الثُّلْثُ عَلَى الْمِائَةِ) وذلك إذا كان المالُ ثلاثمائة (بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمَامِ) لأنه لم يُوصَ له بشيء ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِدَارِهِ وَلَيْسَ لَهُ دَارٌ ، وَيُقَسَّمُ الثُّلْثُ فِي حَالِ الرَّدِّ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ (عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتَيْهِمَا . وَإِنْ زَادَ) الثُّلْثُ (عَلَى الْمِائَةِ) بِأَنْ يَكُونَ الْمَالُ سِتْمِائَةً ، فَأَجَازُوا (نَفَذَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي) فَيَأْخُذُ صَاحِبُ الثُّلْثِ مِائَتَيْنِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَصِيِّينَ مِائَةً (وَإِنْ رَدُّوا) ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَا رَجَعَتْ إِلَى نِصْفِهَا ، فَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدَرِ مَا لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ ،

الإيضاح قوله : (وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بِمِائَةٍ ، وَلِثُلَاثٍ بِتَمَامِ الثُّلْثِ عَلَى الْمِائَةِ ، فَلَمْ يَزِدِ الثُّلْثُ - يَعْنِي الثُّلْثُ الثَّانِي - عَنِ الْمِائَةِ بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمَامِ ، وَقُسِمَ الثُّلْثُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتَيْهِمَا ، وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمِائَةِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، نَفَذَتِ الْوَصِيَّةَ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي ، وَإِنْ رَدُّوا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ

لَهُ مَا فَضَّلَ عَنْهَا . وَيَجُوزُ أَنْ يُزَاحِمَ بِهِ وَلَا يُعْطِيَهُ ، كَوَلَدِ الْمَنْعِ
الْأَبِ مَعَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ فِي مُزَاحِمَةِ الْجَدِّ .

الشرح الكبير

كسائر الوصايا . وهذا اختيار شيخنا . والثاني ، لا شيء لصاحب التمام
حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ،
فلا يحصل لصاحب التمام إذا كان المال ستمائة شيء . اختاره القاضي ؛
لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، ولم يفضل ههنا له شيء .
قال : (ويجوز أن يزاحم به) ولا يُعْطَى شيئاً (كَوَلَدِ الْأَبِ مَعَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ
فِي مُزَاحِمَةِ الْجَدِّ) يُزَاحِمُ الْجَدُّ بِالْأَخِ مِنَ الْأَبِ وَلَا يُعْطِيهِ شيئاً . فإن
كان المال تسعمائة وردَّ الورثة ، فعلى الوجه الأول ، لصاحب الثلث مائة
وخمسون ، ولصاحب المائة خمسون ، ولصاحب التمام مائة ؛ لأنَّ
الوصية كانت بالثلثين ، فرجعت إلى الثلث ، فردَّنا كل واحدٍ منهم إلى
نصف وصيته . وعلى الوجه الثاني ، [٢٠٣/٥] لصاحب المائة مائة ، لا
ينقص منها شيء ، ولصاحب التمام خمسون . وهذا اختيار القاضي .

الإنصاف

وصيته عندي . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « المحرر » ،
و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » . وقال
القاضي : ليس لصاحب التمام شيء ، حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون له
ما فضل عنها . ويجوز أن يزاحم به ، ولا يُعْطَى ، كَوَلَدِ الْأَبِ مَعَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ فِي
مُزَاحِمَةِ الْجَدِّ . قال الحارثي : الأصح ما قال القاضي . قال في « الفروع » :
وقيل : إن جاوز المائتين ، [٢٧٦/٢] فللموصى له بالثلث نصف وصيته ،
وللموصى له بالمائة مائة ، وللثالث نصف الرائد . وإن جاوز مائة ، فللموصى له

فصل : فإن ترك ستمائة ، ووصى لأجنبي بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، فلكل واحدٍ منهما مائة ، وإن ردَّ الأول وصيته ، فلآخر مائة . وإن وصى للأول بثمانين ، ولآخر بباقي الثلث ، فلا شيء للثاني ، سواء ردَّ الأول وصيته أو أجازها . وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة . وقال أهل العراق : إن ردَّ الأول ، فللثاني مائتان في المسألتين . ولنا ، أن المائتين ^(١) ليست باقية الثلث ، ولا تتمته ، فلا يكون موصى بها للثاني ، كما لو قبل ^(٢) الأول . ولو وصى لوارث بثلثه ، ولآخر بتمام الثلث ، فلا شيء للثاني . وعلى قول أهل العراق ، له الثلث كاملاً .

الأول نصف وصيته ، وللموصى له الثاني بقية الثلث مع معادلته بالثالث . انتهى . وقال في « المحرر » : وعندى تبطل وصية التمام ههنا ، ويقتسم الآخرون الثلث ، كأن لا وصية لغيرهما ، كما إذا لم يجاوز الثلث مائة . وأطلقهما في « الشرح » . وقيل : إن جاوز الثلث مائتين ، فللموصى له بثلث ماله نصف وصيته ، ولصاحب المائة مائة ، وللثالث نصف الزائد . وأطلقهن في « الفروع » .

(١) في م : « المائة » .

(٢) في م : « قتل » .

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْأَنْصِبَاءِ وَالْأَجْزَاءِ

إِذَا وَصَّى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ
مَضْمُومًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ .

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْأَنْصِبَاءِ وَالْأَجْزَاءِ

(إِذَا وَصَّى) لِرَجُلٍ (بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ
مَضْمُومًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ) وَمُزَادًا عَلَيْهَا . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَزُفَرٌ ، وَدَاوُدُ : يُعْطَى
مِثْلُ نَصِيبِ الْمُعَيَّنِ ، أَوْ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ - إِنْ كَانُوا يَتَسَاوَوْنَ - مِنْ
أَصْلِ الْمَالِ ، غَيْرَ مَزِيدٍ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ الْوَارِثِ
قَبْلَ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ . فَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، وَلَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ ،
فَالْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَانِ ، فَالْوَصِيَّةُ بِالنِّصْفِ . وَإِنْ كَانُوا
ثَلَاثَةً ، فَلَهُ الثُّلُثُ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانُوا يَتَفَاضَلُونَ ، نُظِرَ إِلَى عَدَدِ

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْأَنْصِبَاءِ وَالْأَجْزَاءِ

قَوْلُهُ : إِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَضْمُومًا إِلَى
الْمَسْأَلَةِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَفِي
« الْفُصُولِ » احْتِمَالٌ ، وَلَوْ لَمْ يَرِثْ ذَلِكَ الَّذِي أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهِ ؛ لِمَا نَعَرَ بِهِ ، مِنْ
رِقٍّ وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الْفَاتِحِ » : وَالْمُخْتَارُ ، لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ غَيْرُ مُزَادٍ ،

المقنع فإذا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، فَلَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الرُّبْعُ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ بِنْتُ فَلَهُ الثُّسْعَانِ .
وَإِنْ وَصَّى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير رُغُوسِهِمْ ، فَأُعْطِيَ سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اغْتِبَارُ أَنْصِبَائِهِمْ ، لَتَفَاضُلِهِمْ ، فَاغْتَبَرَ عَدَدُ رُغُوسِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَعَلَ وَارِثَهُ أَضْلًا وَقَاعِدَةً ، حُمِلَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الْمُوصَى لَهُ ، وَجُعِلَ مِثْلًا لَهُ ، وَهَذَا يُفْضِي إِلَى أَنْ لَا يُزَادَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، وَمَتَى أُعْطِيَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، فَمَا أُعْطِيَ مِثْلَ نَصِيبِهِ ، وَلَا حَصَلَتِ التَّسْوِيَةُ بِهِ ، وَالْعِبَارَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ .

٢٧٤٧ - مسألة : (فَإِذَا وَصَّى) لَهُ (بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، فَلَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الرُّبْعُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ بِنْتُ فَلَهُ الثُّسْعَانِ) لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مِنْ سَبْعَةٍ ، لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ ، وَيُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ نَصِيبِ ابْنِهِ ، سَهْمَانِ ، فَتَصِيرُ تِسْعَةً ، فَلَاثَتَانِ مِنْهَا تُسْعَاهَا .

٢٧٤٨ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) [٢٠٣/٥ ظ] تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ ، وَتَكُونُ كَمَا لَوْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ

الإنصاف وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي ؛ فَإِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، فَلَهُ الثُّلُثُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلَهُ النُّصْفُ عَلَى مَا اخْتَارَهُ فِي « الْفَائِقِ » ، وَيُقَسَّمُ النُّصْفُ الْبَاقِي بَيْنَ الْابْنَيْنِ . وَلَهُ قُوَّةٌ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِنَصِيبِ ابْنِهِ ، فَكَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . يَعْنِي ، لَهُ مِثْلُ

ابن . وهذا قول مالك ، وأهل المدينة ، واللؤلؤي^(١) ، وأهل البصرة ، وابن أبي ليلى ، وزفر ، وداود . والوجه الثاني (لا تصح الوصية) . وهو الذي ذكره القاضي . وهو قول أصحاب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وصاحبيه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للابن ، فلم يصح ، كما لو قال : بدار ابني . و : بما يأخذه ابني . ووجه الأول ، أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه ، فصح ، كما لو طلق بلفظ الكناية أو اعتق . وبيان إمكان التصحيح ، أنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أي بمثل نصيب ابني . ولأنه لو أوصى بجميع ماله ، صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم .

نصيبه في أحد الوجهين . وهو المذهب . جزم به القاضي في « الجامع الصغير » ، والشريف ، وأبو الخطاب في « خلافيهما » ، والشرازي . ومال إليه المصنف ، والمجدد ، والشارح ، وغيرهم . قال في « المذهب » وغيره : صحّت الوصية في ظاهر المذهب . قال الحارثي : هو الصحيح عندهم . وفي الآخر : لا تصح الوصية . وهو الذي ذكره القاضي . قال الزركشي : قاله القاضي في « المجرد » . قال الحارثي : لكن رجع عنه .

فائدة : لو وصّى له بمثل نصيب ولده ، وله ابن وبنت ، فله مثل نصيب البنت . نقله ابن الحكم ، واقتصر عليه في « الفروع » .

(١) أبو علي الحسن بن زياد الأنصاري مولاهم ، الكوفي اللؤلؤي ، صاحب أبي حنيفة ، نزل بغداد ، وصنف ، وتصدر للفقهاء ، ولى القضاء بعد حفص بن غياث ثم عزل نفسه . توفى سنة أربع ومائتين . سير أعلام النبلاء ٥٤٣/٩ - ٥٤٥ . الطبقات السننية في تراجم الحنفية ٥٩/٣ - ٦١ .

وَأِنْ وَصَّى بِضِعْفٍ نَصِيبِ ابْنِهِ أَوْ بِضِعْفَيْهِ ، فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . [١٦٨] هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : ضِعْفَاهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، كُلَّمَا زَادَ ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً وَاحِدَةً .

٢٧٤٩ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى بِضِعْفٍ نَصِيبِ ابْنِهِ أَوْ بِضِعْفَيْهِ ، فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ) قال شيخنا : (هَذَا الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : ضِعْفَاهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، كُلَّمَا زَادَ ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً وَاحِدَةً) إِذَا وَصَّى بِضِعْفٍ نَصِيبِ ابْنِهِ ، فَلَهُ مِثْلًا نَصِيبِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْقَاسِمُ ابْنُ سَلَامٍ : الضُّعْفُ الْمِثْلُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَضْعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ ^(١) . أَيْ مِثْلَيْنِ . وَقَوْلُهُ : ﴿ فَأَنْتَ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ ^(٢) . أَيْ مِثْلَيْنِ . وَإِذَا كَانَ الضُّعْفَانِ مِثْلَيْنِ ، فَالضُّعْفُ مِثْلٌ . وَلَنَا عَلَى أَنَّ الضُّعْفَ مِثْلَانِ ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ

قَوْلُهُ : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِضِعْفٍ نَصِيبِ ابْنِهِ ، أَوْ بِضِعْفَيْهِ ، فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ ، وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَاخْتَارَهُ الشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : ضِعْفَاهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، كُلَّمَا زَادَ ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً وَاحِدَةً . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ .

(١) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٢) سورة البقرة ٢٦٥ .

أَلَمَّاتٍ ﴿١﴾ . وقال : ﴿ فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعْفِ بِمَا عَمِلُوا ﴾ ﴿٢﴾ . وقال : ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْغِفُونَ ﴾ ﴿٣﴾ . ويروى عن عُمرَ ، أَنَّهُ أَضْعَفَ الزَّكَاةَ عَلَى نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ ، فَكَانَ يَأْخُذُ مِنَ الْمِائَتَيْنِ ^(٤) عَشْرَةً . وقال لِحُذَيْفَةَ وَعُثْمَانَ بْنِ حُنَيْفٍ ^(٥) : لَعَلَّكُمَا حَمَلْتُمَا الْأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ . فقال عُثْمَانُ : لو أَضْعَفْتُ عَلَيْهَا لَاحْتَمَلْتُ ^(٦) . قال الْأَزْهَرِيُّ ^(٧) : الضَّعْفُ الْمِثْلُ فَمَا فَوْقَهُ . فَأَمَّا قَوْلُهُ : إِنَّ الضَّعْفَيْنِ الْمِثْلَانِ . فقد رَوَى ابْنُ الْأَنْبَارِيِّ ، عن هِشَامِ بْنِ مُعَاوِيَةَ النَّحْوِيِّ ^(٨) ، قال : الْعَرَبُ تَتَكَلَّمُ بِالضَّعْفِ مُثْنِي ، فَتَقُولُ : إِنْ أُعْطِيتَنِي دِرْهَمًا فَلِكِ ضِعْفَاهُ . أَيْ مِثْلَاهُ . وَإِفْرَادُهُ لَا بَأْسَ بِهِ ، إِلَّا أَنَّ الشَّيْئَةَ أَحْسَنُ . يَعْنِي أَنَّ الْمُفْرَدَ وَالْمُثْنِي فِي هَذَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ ، وَكِلَاهُمَا يُرَادُّ بِهِ الْمِثْلَانِ ، وَإِذَا اسْتَعْمَلُوهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَجَبَ اتِّبَاعُهُمْ وَإِنْ خَالَفْنَا الْقِيَاسَ .

(١) سورة الإسراء ٧٥ .

(٢) سورة سبأ ٣٧ .

(٣) سورة الروم ٣٩ .

(٤) في م : « الثمانين » .

(٥) في م : « حنيفة » .

(٦) أخرجه أبو عبيد في الأموال ٤٠ ، ٤١ .

(٧) في : تهذيب اللغة ٤٨٠/١ .

(٨) هشام بن معوية الضرير النحوي الكوفي أبو عبد الله ، صاحب الكسائي ، أخذ عنه ، وله مقالة في النحو تعزى إليه ، توفي سنة تسع ومائتين . إنباه الرواة ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

فصل : وإن وصَّى له بضعفَيْهِ ، فله مثله مرَّتَيْنِ ، وإن قال : ثلاثة أضعافه . فله ثلاثة [٢٠٤/٥] أمثاله . هذا الصحيحُ عندِي . وهو قولُ أبي عُبَيْدٍ . وقال أصحابنا : ضِعْفَاهُ ثَلَاثَةُ أمثاله ، وثَلَاثَةُ أضعافه أَرْبَعَةُ أمثاله . وعلى هذا ، كلما زاد ضِعْفًا زاد مرَّةً واحدةً . وهو قولُ الشافعيِّ . واحتجُّوا بقولِ أبي عُبَيْدَةَ مَعْمَرٍ ^(١) بنِ الْمُثَنَّى : ضِعْفُ الشَّيْءِ هو ومِثْلُهُ ، وضِعْفَاهُ هو ومِثْلَاهُ ، وثَلَاثَةُ أضعافه أَرْبَعَةُ أمثاله . وقال أبو ثَوْرٍ : ضِعْفَاهُ أَرْبَعَةُ أمثاله ، وثَلَاثَةُ أضعافه سِتَّةُ أمثاله ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أَنَّ ضِعْفَ الشَّيْءِ مِثْلَاهُ ، فَثَنَيْتُهُ مِثْلًا مُفْرَدِهِ ، «كسائرِ الأسماءِ» . ولنا ، قولُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَآتَتْ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ . قال عِكْرَمَةُ : تَحْمِلُ في كُلِّ عامٍ مرَّتَيْنِ . وقال عطاءٌ : أَثْمَرْتُ في سَنَةٍ مِثْلَ ثَمَرَةٍ غَيْرِهَا سَتَيْنِ . ولا خِلَافَ بَيْنَ الْمُفَسِّرِينَ فيما عَلِمْنَا في تَفْسِيرِ قولِهِ تَعَالَى : ﴿ يُضْعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ . أَنَّ المُرادَ به مرَّتَيْنِ . وقد دَلَّ عَلَيْهِ قولُهُ تَعَالَى : ﴿ نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مرَّتَيْنِ ﴾ ^(٢) . ومُحالٌ أَنْ يَجْعَلَ أَجْرَهَا على العَمَلِ الصَّالِحِ مرَّتَيْنِ وَعَذَابُهَا على الفَاحِشَةِ ثَلَاثَ مرَّاتٍ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا يُرِيدُ تَضْعِيفَ الْحَسَنَاتِ على السَّيِّئَاتِ ، هَذَا الْمَعْهُودُ مِنْ كَرَمِهِ وَفَضْلِهِ . وَأَمَّا قولُ أبي عُبَيْدَةَ فَقَدْ خَالَفَهُ فِيهِ غَيْرُهُ وَأَنْكَرَ قولَهُ ، قال ابنُ عَرَفَةَ ^(٣) : لا أَحِبُّ قولَ

(١) في م : « مسعر » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سورة الأحزاب ٣١ .

(٤) الحسن بن عرفة بن يزيد العبدى ، أبو على المحدث الثقة المؤدب ، مسند وقته . ولد سنة خمسين ومائة ،

وتوفى سنة سبع وخمسين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١١/٥٤٧ - ٥٥١ .

وَأَنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا
لَأَقْلَهُمْ نَصِيبًا ، فَلَوْ كَانُوا ابْنًا وَأَرْبَعَ زَوَاجَاتٍ ، صَحَّتْ مِنْ اثْنَيْنِ

الشرح الكبير

أبَى عُبَيْدَةَ فِي : ﴿ يُضْعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ
فِي آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ نَوْتَهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فَأُعْلِمُ أَنَّهَا مِنْ هَذَا حَظِّينِ
وَمِنْ هَذَا حَظِّينِ . وَقَدْ نَقَلَ هِشَامُ بْنُ مُعَاوِيَةَ النَّحْوِيُّ عَنِ الْعَرَبِ ، أَنَّهُمْ
يَنْطِقُونَ بِالضَّعْفِ مُثْنًى وَمُفْرَدًا بِمَعْنَى وَاحِدٍ ، وَمُوَافَقَةُ الْعَرَبِ عَلَى
لِسَانِهِمْ ، مَعَ مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى الْعَزِيزُ وَأَقْوَالُ الْمُفَسِّرِينَ مِنَ التَّابِعِينَ
وغيرِهِمْ ، أَوَّلَى مِنْ قَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ الْمُخَالَفِ لِدَلَالَةِ كَلِمَةِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ
الْقِيَاسِ ، وَنِسْبَةُ الْخَطَأِ إِلَيْهِ أَوَّلَى مِنْ تَخْطِئَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ،
فَظَاهِرُ الْفَسَادِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مُخَالَفَةِ الْكِتَابِ وَالْعَرَبِ وَأَقْوَالِ الْمُفَسِّرِينَ مِنَ
التَّابِعِينَ وَغيرِهِمْ وَأَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِمُجَرَّدِ الْقِيَاسِ
الْمُخَالَفِ لِلنَّقْلِ ، فَقَدْ شَذَّ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ كَلِمَاتٌ تُؤْخَذُ نَقْلًا بغيرِ قِيَاسٍ .
فصل : وَلَوْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَنْ لَا نَصِيبَ لَهُ ، كَمَنْ يُوصَّى بِمِثْلِ
نَصِيبِ ابْنِهِ ، وَهُوَ لَا يَرِثُ ؛ لِرَقِّهِ أَوْ كَوْنِهِ مُخَالَفًا لِدِينِهِ ، [٢٠٤/٥ ظ] أَوْ
بِنَصِيبِ أَخِيهِ ، وَهُوَ مَخْجُوبٌ عَنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْوَصِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا
نَصِيبَ لَهُ ، فَمِثْلُهُ لَا شَيْءَ ^(١) .

٢٧٥٠ - مسألة : (وَإِذَا وَصَّى) لَهُ (بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ،
وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لَأَقْلَهُمْ نَصِيبًا ، فَلَوْ كَانُوا ابْنًا وَأَرْبَعَ زَوَاجَاتٍ ،

الإحصاف

(١) أَيْ لَا شَيْءَ لَهُ .

المقنع وَثَلَاثِينَ ، لِكُلِّ زَوْجَةٍ سَهْمٌ ، وَلِلْمُوصَى سَهْمٌ يُزَادُ عَلَيْهَا ، فَتَصِيرُ مِنْ ثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ .

الشرح الكبير صَحَّتْ مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ (سَهْمًا) لِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ ، يُزَادُ عَلَيْهَا (فَتَصِيرُ) (مِنْ ثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ) سَهْمًا ، لِلْمُوصَى ^(١) سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ ، وَالباقى للابن . وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ غَيْرَ مُسَمًّى ، فَإِنْ كَانَ الْوَرِثَةُ يَتَسَاوَوْنَ فِي الْمِيرَاثِ ؛ كَالْبَنَيْنِ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، مُزَادًا عَلَى الْفَرِضَةِ ، وَيُجْعَلُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ زَادَ فِيهِمْ . وَإِنْ كَانُوا يَتَفَاضَلُونَ ، كَهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ ^(٢) أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا ، يُزَادُ عَلَى فَرِضَتِهِمْ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانُوا يَتَفَاضَلُونَ ، نُظِرَ إِلَى عَدَدِ رُغُوسِهِمْ ، فَأُعْطِيَ سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ أَنْصِبَائِهِمْ ؛ لِتَفَاضُلِهِمْ ، فَاعْتَبِرَ عَدَدُ رُغُوسِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْيَقِينَ أَنْ يُعْطَى الْوَصِيُّ مِثْلَ أَقْلِهِمْ نَصِيبًا ، وَمَا زَادَ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ . وَقَوْلُهُ : يُعْطَى سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ . مُخَالَفٌ لِمَا يَقْتَضِيهِ لَفْظُ الْمُوصَى ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَفْظُهُ إِنَّمَا اقْتَضَى نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، وَتَفَاضُلُهُمْ لَا يَمْنَعُ كَوْنَ نَصِيبِ الْأَقْلَى نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، فَيَصْرَفُهُ إِلَى الْوَصِيِّ ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ أَوْلَى مِنْ اخْتِرَاعِ شَيْءٍ لَا يَقْتَضِيهِ قَوْلُ الْمُوصَى أَضْلًا . وَقَوْلُهُ : تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِقَوْلِ الْمُوصَى . مَمْنُوعٌ ، فَقَدْ أُمِكَنَ الْعَمَلُ بِهِ بِمَا

الإنصاف

(١) فِي م : هَذَا لِلْمُوصَى .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

وَأِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ، فَلَهُ مِثْلُ مَا لَهُ لَوْ كَانَتْ
الْوَصِيَّةُ وَهُوَ مَوْجُودٌ . فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ أَرْبَعَةَ بَنِينَ فَلِلْمُوصِيِّ
السُّدُسُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الْخُمْسُ .

الشرح الكبير

قُلْنَا ، ثُمَّ لَوْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَجِبَ فِي مَالِهِ حَقٌّ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ وَلَمْ
يَأْمُرْ بِهِ . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَقْلَهُمْ مِيرَاثًا . كَانَ كَمَا لَوْ أُطْلِقَ ،
وَكَانَ ذَلِكَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَكْثَرِهِمْ مِيرَاثًا .
فَلَهُ ذَلِكَ مُضَافًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَيَكُونُ لَهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ ،
تُضْمُّ إِلَى الْمَسْأَلَةِ فَتَكُونُ سِتِّينَ سَهْمًا .

٢٧٥١ - مسألة : (وَلَوْ وَصَّى) لَهُ (بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ،
فَلَهُ مِثْلُ مَا لَهُ لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ وَهُوَ مَوْجُودٌ) فَقَدَّرَ الْوَارِثُ مَوْجُودًا ،
وَانْظُرْ مَا لِلْمُوصِيِّ لَهُ مَعَ وَجُودِهِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ عَدَمِهِ . فَإِنْ خَلَّفَ ابْنَيْنِ ،
وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ ثَالِثٍ لَوْ كَانَ ، فَلِلْمُوصِيِّ لَهُ الرُّبْعُ . وَإِنْ خَلَّفَ ثَلَاثَةً
بَنِينَ ، فَلَهُ الْخُمْسُ ، وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، فَلِلْمُوصِيِّ
لَهُ السُّدُسُ . وَعَلَى هَذَا أَبَدًا . فَلَوْ خَلَفَتْ امْرَأَةٌ زَوْجًا وَأُخْتًا ، وَأَوْصَتْ بِمِثْلِ
نَصِيبِ أُمِّ لَوْ كَانَتْ ، فَلِلْمُوصِيِّ لَهُ الْخُمْسُ ؛ لِأَنَّ لِلْأُمِّ الرُّبْعَ لَوْ كَانَتْ ،

قوله : وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ، فَلَهُ مِثْلُ مَا لَهُ لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ
وهو مَوْجُودٌ . فَإِذَا كَانَ الْوَارِثُ أَرْبَعَةَ بَنِينَ ، فَلِلْمُوصِيِّ السُّدُسُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً ،
فَلَهُ الْخُمْسُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ
بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، إِقَامَةُ الْوَصِيِّ مَقَامَ الْابْنِ الْمُقَدَّرِ . انْتَهَى .

وَلَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ إِلَّا مِثْلَ
نَصِيبِ سَادِسٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدْ أَوْصَى بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّدُسَ بَعْدَ
الْوَصِيَّةِ ، فَيَكُونُ لَهُ سَهْمٌ يُزَادُ عَلَى ثَلَاثِينَ سَهْمًا ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ
وَسِتِّينَ ، لَهُ مِنْهَا سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ .

المقنع

[٢٠٥/٥ و] فَيُجْعَلُ لَهُ سَهْمٌ مُضَافٌ إِلَى أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ خُمْسًا ، فَقَسْ عَلَى
ذَلِكَ .

الشرح الكبير

٢٧٥٢ - مسألة : فَإِنْ خَلَّفَ أَرْبَعَةَ بَنِينَ (فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ
خَامِسٍ لَوْ كَانَ إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ سَادِسٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالْخُمْسِ
إِلَّا السُّدُسَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، فَلَهُ سَهْمٌ يُزَادُ عَلَى ثَلَاثِينَ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ
وَسِتِّينَ ، لَهُ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ) لِأَنَّهُ اسْتَشْنَى السُّدُسَ مِنْ
الْخُمْسِ . فَطَرِيقُهَا أَنْ تَضْرِبَ مَخْرَجَ أَحَدِهِمَا فِي مَخْرَجِ الْآخَرِ ، تَكُنْ
ثَلَاثِينَ ، خُمْسُهَا سِتَّةٌ ، وَسُدُسُهَا خَمْسَةٌ ، فَإِذَا اسْتَشْنَيْتَ الْخَمْسَةَ مِنْ

قوله : وَلَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ
سَادِسٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّدُسَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . هَكَذَا مَوْجُودٌ
فِي النُّسخِ الْمَعْرُوفَةِ الْمَشْهُورَةِ . وَوُجِدَ فِي نُسْخَةٍ مَقْرُوءَةٍ عَلَى الْمُصَنِّفِ ، وَعَلَيْهَا
خَطُّهُ ، لَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ ابْنٍ ^(١) خَامِسٍ
لَوْ كَانَ . قَالَ النَّاطِلُ : وَفِي بَعْضِ النُّسخِ الْمَقْرُوءَةِ عَلَى الْمُصَنِّفِ ، وَصَّى بِمِثْلِ
نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ ابْنٍ سَادِسٍ لَوْ كَانَ . قَالَ : فَعَلَى هَذَا ، يَصِحُّ أَنَّهُ ^(٢)

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) سقط من : الأصل .

السَّتَّةِ ، بَقِيَ سَهْمٌ لِلْمَوْصَى لَهُ ، فَرِذَهُ عَلَى الثَّلَاثِينَ «تَصِرُ وَاحِدًا»^(١) وثلاثين ، فَأَعْطِيَ الْمَوْصَى لَهُ سَهْمًا ، يَبْقَى ثَلَاثُونَ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، لَا تَنْقَسِمُ ، وَتُؤَافِقُ بِالنِّصْفِ ، فَرِذَهَا^(٢) إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَاضْرِبْهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سِتِّينَ ، زِدْ عَلَيْهَا سَهْمَيْنِ لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ . وَطَرِيقُهَا بِالْجَبْرِ أَنْ تَجْعَلَ الْمَالَ أَرْبَعَةً وَشَيْئًا ، تَدْفَعُ الشَّيْءَ إِلَى الْمَوْصَى لَهُ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ تَقْسِمُهَا عَلَى خَمْسَةٍ ، يَخْرُجُ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، وَتَقْسِمُهَا عَلَى سِتَّةٍ ، يَخْرُجُ ثَلَاثَانِ ، فَتُسْقِطُ الثَّلَاثِينَ مِنْ أَرْبَعَةِ الْأَخْمَاسِ ، يَبْقَى سَهْمَانِ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، ثُمَّ تَضْرِبُ الْأَرْبَعَةَ الْأَسْهُمَ فِي الْخَمْسَةِ عَشَرَ ؛ لِأَنَّهَا مَخْرُجُ الثُّلُثِ^(٣) وَالْخُمْسِ^(٣) ، تَكُنْ سِتِّينَ ، تَزِيدُ عَلَيْهَا السَّهْمَيْنِ ، فَهِيَ لِلْمَوْصَى

وَصَّى بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّدُسَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ . وَهُوَ كَمَا قَالَ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ؛ فَإِنَّهُ ، عَلَى مَا قَالَهُ النَّاطِمُ فِي النُّسخَةِ الْمَقْرُوءَةِ عَلَى الْمُصَنِّفِ ، إِنَّمَا يَكُونُ أَوْصَى لَهُ بِالْخُمْسِ إِلَّا السَّبْعَ ، عَلَى مَا قَالَهُ الْأَصْحَابُ فِي قَوَاعِدِهِمْ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَرْتَضِهِ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » مِنْهُ . وَاعْلَمْ أَنَّ النُّسخَ الْمَعْرُوفَةَ الْمُعْتَمَدَ عَلَيْهَا ، مَا قُلْنَاهُ أَوَّلًا ، وَعَلَيْهَا شَرَحَ الشَّارِحُ ، وَابْنُ مُنْجَى . لَكِنَّ قَوْلَهُ : فَقَدْ أَوْصَى بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّدُسَ . مُشْكِلٌ عَلَى قَوَاعِدِ الْأَصْحَابِ ، وَمُخَالَفٌ لَطَرِيقَتِهِمْ فِي ذَلِكَ وَأَشْبَاهِهِ . بَلْ قِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، أَنَّ يَكُونُ قَدْ أَوْصَى لَهُ بِالسُّدُسِ إِلَّا السَّبْعَ ، فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « قَصَرَ أَحَدٌ » .

(٢) فِي م : « فَرِذَهَا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

له ، ولكل ابن خمسة عشر ، فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها ،
الخمس اثنا عشر ، والسدس عشرة .

فصل : إذا خلف بنتا وحدها ، ووصى بمثل نصيبها ، فهو كما لو
وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد ؛ لأنه يأخذ المال كله بالفرض والرد ،
ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي ، وما
بقي لبيت المال . وعلى قول مالك ومن وافقه ، للموصى له النصف في حال
الإجازة ، ولها نصف الباقي ، وما بقي لبيت المال . فإن خلف ابنتين ،
ووصى بمثل نصيب إحداهما ، فهي من ثلاثة عندنا . ويقتضي قول من
لا يرى الرد أنها من أربعة ، لبيت المال الربع ، ولكل واحد منهم الربع .
وعلى قول مالك ، الثلث للموصى له ، وللبنتين ثلثا ما بقي ، والباقي لبيت

وكذا قال الحارثي ، وصاحب « الفروع » ، وغيرهما . « لكن في « الفروع » :
سهمان من اثنتين وأربعين . وهو سبعة قلم . والله أعلم » . وأجاب الحارثي عن
ذلك ، فقال : قولهم : أوصى بالخمس إلا السدس . صحيح ، باعتبار أن له
نصيب الخامس المقدّر غير مضموم ، وأن النصيب « المستثنى هو السدس » .
وهو طريقة الشافعية . انتهى . قلت : وهو موافق لما اختاره في « الفائق » ، فيما إذا
أوصى له بمثل نصيب وارث ، على ما تقدم . قال في « الفروع » : وما قاله
الحارثي صحيح ، يؤيده أن في نسخة مقروءة على الشيخ : أربعة أوصى بمثل
نصيب أحدهم ، إلا بمثل نصيب ابن خامس ، لو كان ، فقد أوصى له بالخمس

المال ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . فَإِنْ خَلَفَ جَدَّةً وَحَدَا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيحِهَا ، فَمِثْلُ قَوْلِنَا أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَعَلَى قَوْلٍ مَنْ لَا يَرَى الرَّدَّ ، هِيَ مِنْ سَبْعَةٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّبُعُ ، وَالْبَاقِي لِنَيْتِ الْمَالِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ ، وَلِلْجَدَّةِ سُدُسٌ مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لِنَيْتِ الْمَالِ .

فصل : إِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَوَصَّى لِثَلَاثَةٍ بِمِثْلِ أَنْصِبَائِهِمْ ، فَاَلْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا [٢٠٥/٥ ط] فَمِنْ تِسْعَةٍ ، لِلْمُوصَى لَهُمُ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ . وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . فَإِنْ أَجَازُوا الْوَاحِدَ وَرَدُّوا عَلَى ائْتَيْنِ ، فَلِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِمَا التُّسْعَانِ اللَّذَانِ كَانَا لَهَا فِي حَالِ الرَّدِّ عَلَيْهِمَا . وَفِي الْمُجَازِ لَهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ السُّدُسُ الَّذِي كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ

إِلَّا السُّدُسَ . قَالَ : وَيُؤَافِقُ هَذَا قَوْلَ ابْنِ رَزِينٍ فِي ابْنَيْنِ ، وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِ ثَالِثٍ «لَوْ كَانَ ، لَهُ الرَّبْعُ ، وَإِلَّا بِمِثْلِ نَصِيبِ رَابِعٍ ، لَوْ كَانَ ، مِنْ وَاحِدٍ وَعِشْرِينَ . انْتَهَى . فَكَأَنَّ صَاحِبَ « الْفُرُوعِ » فَسَّرَ النُّسْخَةَ الْأُولَى الْمُعْتَمَدَةَ الْمُشْكَلَةَ عَلَى طَرِيقَةِ الْأَصْحَابِ بِهَذِهِ النُّسْخَةِ . وَالَّذِي يَظْهَرُ ، بَلْ هُوَ كَالصَّرِيحِ فِي ذَلِكَ ، أَنَّ مَعْنَاهَا مُخْتَلِفٌ ، وَأَنَّ النُّسْخَةَ الْأُولَى تَابَعَ فِيهَا طَرِيقَةَ أَصْحَابِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ^(١) . [٢٧٦/٢ ط] وَهَذِهِ النُّسْخَةُ تَبَعَ فِيهَا طَرِيقَةَ الْأَصْحَابِ وَلَعَلَّهُ فِي النُّسْخَةِ الْأُولَى اخْتَارَ ذَلِكَ ، أَوْ يَكُونُ ذَلِكَ مُجَرَّدَ مُتَابَعَةٍ لغيره ، فَلَمَّا ظَهَرَ لَهُ ذَلِكَ ، اعْتَمَدَ عَلَى النُّسْخَةِ الْمُوَافِقَةِ لِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ وَالْأَصْحَابِ . وَهُوَ أَوْلَى .

(١ - ١) سقط من : ط .

لجميع . وهذا قول أبي يوسف ، وابن سريج^(١) . فَيَأْخُذُ السُّدُسَ والتَّسْعِينَ مِنْ مَخْرَجِهِمَا ، وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ عَشَرَ ، (يَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ) بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لَا تَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ عَدَدَهُمْ فِي ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ ، لِلْمُجَازِ لَهُ السُّدُسُ تِسْعَةً ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبَيْهِ سِتَّةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ أَحَدَ عَشَرَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ تَضُمَّ الْمُجَازَ لَهُ إِلَى الْبَيْنَيْنِ ، وَتَقْسِمَ الْبَاقِيَ بَعْدَ التَّسْعِينَ عَلَيْهِمْ ، وَهُمْ أَرْبَعَةٌ ، لَا تَنْقَسِمُ ، فَتَضْرِبُ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْآخَرَيْنِ ، أَتَمُّوا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ تَمَامَ سُدُسِ الْمَالِ ، فَيَصِيرُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَسَدَاسًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، يَضْمُونَ مَا حَصَلَ لَهُمْ ، وَهُوَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، إِلَى مَا حَصَلَ لَهَا وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَهَا بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةٍ ، لَا تَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةً فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ . فَإِنْ أَجَازَ الْبَيْنَيْنِ لَهُمْ ، وَرَدَّ الْآخَرَانِ عَلَيْهِمْ ، فَلِلْمُجَازِ السُّدُسُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، وَلِلَّذَيْنِ لَمْ يُجَازَ أَرْبَعَةٌ أَتَسَاعِيهِ ثَمَانِيَّةٌ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، نَضْرِبُهَا فِي ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ،

فَتَلْخَصَ لَنَا ، أَنَّ الْمُصَنِّفَ وَجَدَ لَهُ ثَلَاثَ نُسَخٍ مُخْتَلِفَةٍ ، قُرِئَتْ عَلَيْهِ ؛ أَحَدُهَا ، الْأُولَى ؛ وَهِيَ الْمُسْكَكَةُ عَلَى قَوَاعِدِ الْأَصْحَابِ ، وَلِذَلِكَ أَجَابَ عَنْهَا الْحَارِثِيُّ . وَالثَّانِيَةُ ، مَا ذَكَرَهَا النَّاطِمُ ، وَتَقَدَّمَ مَا فَسَّرَهَا بِهِ ، وَالتَّفْسِيرُ أَيْضًا مُشْكَلٌ عَلَى قَوَاعِدِ الْأَصْحَابِ ، وَلِذَلِكَ رَدَّهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَتَقَدَّمَ أَنَّ قَوَاعِدَ الْأَصْحَابِ تَقْتَضِي ،

(١) فِي م : شَرِيحٌ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنَ النُّسَخَتَيْنِ ، وَانْظُرِ لِلْغَنِيِّ ٤٣٢/٨ .

فَصْلٌ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ : إِذَا أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ
نَصِيبٍ أَوْ شَيْءٍ ، فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطَوْهُ مَا شَاءُوا .

الشرح الكبير
تَكُنْ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ ، فَإِنْ أَجَازَ وَاحِدٌ لَوَاحِدٍ ، دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثٌ مَا فِي يَدِهِ
مِنَ الْفَضْلِ ، وَهُوَ ثُلُثُ سَهْمٍ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ
أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل في الوصية بالأجزاء : (إِذَا وَصَّى لَهُ بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ
شَيْءٍ ، فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطَوْهُ مَا شَاءُوا) لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهُوَ قَوْلُ
الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا يُعْطَوْنَهُ
جُزْءٌ وَشَيْءٌ وَحَظٌّ وَنَصِيبٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَعْطُوا فَلَانًا مِنْ مَالِي .
أَوْ : ارْزُقُوهُ . لِأَنَّ ذَلِكَ لَا حَدَّ لَهُ فِي اللَّعَةِ وَلَا فِي الشَّرْعِ ، فَكَانَ عَلَى
إِطْلَاقِهِ .

الإنصاف
عَلَى هَذِهِ النُّسخَةِ ، أَنَّهُ أَوْصَى بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّبْعَ ، وَتَفْسِيرُهُ مُوَافِقٌ لَطَرِيقَةِ
أَصْحَابِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ، وَمَا اخْتَارَهُ فِي « الْفَاتِقِ » . وَالثَّلَاثَةُ ، فِيهَا أَوْصَى بِمَثَلِ
نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا بِمَثَلِ نَصِيبِ ابْنِ خَامِسٍ . فَهَذِهِ النُّسخَةُ صَحِيحَةٌ عَلَى قِيَاسِ
طَرِيقَةِ الْأَصْحَابِ ، وَيَكُونُ قَدْ أَوْصَى لَهُ بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّدُسَ . وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا
فُسِّرَ ، وَأَوَّلَى مِنَ النَّسخِ الْمَعْرُوفَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

المقتع وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، [١٦٨ ط] فَفِيهَا ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لَهُ سُدُسٌ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ إِنْ لَمْ تَكْمُلْ فُرُوضُ الْمَسْأَلَةِ ، أَوْ كَانُوا عَصَبَةً أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا ، وَإِنْ كَمَلَتْ فُرُوضُهَا أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ عَالَتْ أُعِيلَ مَعَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ سَهْمٌ مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ . وَالثَّالِثَةُ ، لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَقَلِّ الْوَرَثَةِ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ .

الشرح الكبير ٢٧٥٣ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، ففيه ثلاث روايات ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لَهُ السُّدُسُ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ الْمَفْرُوضِ إِنْ لَمْ تَكْمُلْ فُرُوضُ الْمَسْأَلَةِ ، أَوْ كَانُوا عَصَبَةً أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا ، وَإِنْ كَمَلَتْ فُرُوضُهَا ، أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ عَالَتْ أُعِيلَ مَعَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ سَهْمٌ مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ . وَالثَّالِثَةُ ، لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَقَلِّ الْوَرَثَةِ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ) [٢٠٦/٥ و] اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَجَمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، فَرُويَ عَنْهُ ، أَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ .

الإيضاح قوله : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، ففيه ثلاث روايات . وظاهرُ « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، إِطْلَاقُهُنَّ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْمَذْهَبِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . إِحْدَاهُنَّ ، لَهُ سُدُسٌ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ ، إِنْ لَمْ تَكْمُلْ فُرُوضُ الْمَسْأَلَةِ ، أَوْ كَانُوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا ، وَإِنْ كَمَلَتْ فُرُوضُهَا ، أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ عَالَتْ ، أُعِيلَ مَعَهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ ، وَخَرَّبَ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ ؛ كَالشَّرِيفِ ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَغَيْرِهِمْ . وَفَسَّرَ الزَّرْكَشِيُّ كَلَامَ الْخَرَقِيِّ بِذَلِكَ .

الشرح الكبير

رَوَى ذَلِكَ عَنْ^(١) عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُنْظَرُ كَمْ سَهْمًا صَحَّتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِهَا لِلْمَوْصَى لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، قَالَ : تُرْفَعُ السَّهَامُ ، فَيَكُونُ لِلْمَوْصَى لَهُ سَهْمٌ^(٢) . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ السَّهْمُ عَلَى السُّدُسِ ، فَلَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَقِّقٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ : سَهْمًا . يَنْصَرِفُ إِلَى سِهَامِ فَرِيضَتِهِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مِنْهَا ، فَيَنْصَرِفُ السَّهْمُ إِلَيْهَا ، فَكَانَ وَاحِدًا مِنْ سِهَامِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : فَرِيضَتِي كَذَا وَكَذَا سَهْمًا ، لَكَ مِنْهَا سَهْمٌ . وَالثَّلَاثَةُ ، لَهُ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ أَقَلِّ الْوَرِثَةِ . اخْتَارَهَا الْخَلَّالُ وَصَاحِبُهُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَالْأَثَرَمِ : إِذَا أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، يُعْطَى سَهْمًا مِنَ الْفَرِيضَةِ . قِيلَ : أَنْصِيبُ رَجُلٍ أَوْ نَصِيبُ امْرَأَةٍ ؟ فَقَالَ : أَقَلُّ مَا يَكُونُ مِنَ السَّهَامِ . قَالَ الْقَاضِي : مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ صَاحِبَاهُ : إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ ، فَيُعْطَى الثُّلُثُ . وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ سِهَامَ الْوَرِثَةِ

قال الحارثي : هذا أصح عند عامة الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » ، و « مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » ، وغيرهما . وقدمه في « النظم » ، و « الفروع » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وهو من المفردات ، قال ناظمها :

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٧١/١١ .

أَنْصِبَاؤُهُمْ ، فَيَكُونُ لَهُ أَقْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، فَإِذَا زَادَ عَلَى السُّدُسِ ، دُفِعَ
إِلَيْهِ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ سَهْمٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُعْطَى سَهْمًا
مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ أَصُولِ الْفَرَائِضِ ، فَالسَّهْمُ مِنْهَا أَقْلُ
السَّهَامِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : يُعْطِيهِ الْوَرِثَةُ مَا شَاءُوا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّهْمِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ . وَقَالَ عَطَاءٌ ،
وَعِكْرِمَةُ : لَا شَيْءَ لَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى لِرَجُلٍ
بِسَهْمٍ مِنَ الْمَالِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ السُّدُسَ ^(١) . وَلِأَنَّ السَّهْمَ فِي كَلَامِ
الْعَرَبِ السُّدُسُ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَفَظَ
بِهِ ، وَلِأَنَّهُ قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهْمَا فِي الصَّحَابَةِ . إِذَا
ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ السُّدُسَ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ
مَفْرُوضٍ ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ كَامِلَةً الْفُرُوضِ ، أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ
عَائِلَةً ، زَادَ عَوْلُهَا بِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ أَوْ كَانُوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ [٢٠٦/٥ ظ]
سُدُسًا كَامِلًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَحَرْبٍ : إِذَا أَوْصَى
لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، يُعْطَى السُّدُسُ ، إِلَّا أَنْ تَعُولَ الْفَرِيضَةُ ، فَيُعْطَى
سَهْمًا مَعَ الْعَوْلِ . فَكَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِسَهْمٍ مَنْ يَرِثُ

الإنصاف مَنْ قَالَ فِي الْإِبْرَةِ : لَزِيدٍ سَهْمٌ فَالسُّدُسُ يُعْطَى حَيْثُ كَانَ الْقَسْمُ
وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَهُ سَهْمٌ مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ .

(١) أوردته الميشتي بلفظين قرئين وعزا الأول إلى البزار ، والثاني إلى الطبراني في الأوسط ، وقال : فهما محمد
ابن عبيد الله العرزمي ، وهو ضعيف . مجمع الزوائد ٢١٣/٤ . وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود ،
في : المصنف ١٧١/١١ .

الشرح الكبير

السُّدُسَ . فَإِنْ وَصَّى لَهُ بِسَهْمٍ فِي (١) مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ وَأَخْتٌ ، كَانَ لَهُ السَّبْعُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعَهُمَا (٢) جَدَّةٌ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ أُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ (٣) ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجٌ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ الْعَشْرُ . وَإِنْ كَانَ الْوَرِثَةُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ وَابْنَتَيْنِ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَتَعُولُ بِسُدُسٍ آخَرَ إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ ، وَكَذَلِكَ عَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ سِهَامِ الْوَرِثَةِ سُدُسٌ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْآخَرَى ، يَكُونُ لِلْمُوصَى سَهْمٌ وَاحِدٌ ، يُزَادُ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنًا ، فَالْفَرِیضَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتَعُولُ بِالسُّدُسِ الْمُوصَى بِهِ إِلَى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يُزَادُ عَلَيْهَا سَهْمٌ وَاحِدٌ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَتَكُونُ مِنْ خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ الَّتِي اخْتَارَهَا الْخَلَّالُ ، يُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمِ الزَّوْجَةِ (٤)

الإِنصَاف

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ وَغَيْرُهُ ، لَيْسَ فِيهَا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، بَلْ قَالُوا : يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِیضَةُ . لَكِنْ قَالَ الْقَاضِي : مَعْنَاهُ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ عَلَيْهِ ، أُعْطِيَ السُّدُسَ . وَرَدَّ الْحَارِثِيُّ مَا قَالَ الْقَاضِي . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ ، لَهُ سَهْمٌ وَاحِدٌ ، مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ ، مَضْمُونًا إِلَيْهَا . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ . انْتَهَى . قُلْتُ : لَيْسَ الْأَمْرُ كَمَا قَالَ ؛ فَإِنَّ الْخِرَقِيَّ قَالَ : وَإِذَا أَوْصَى

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٢) فِي م : « مَعَهَا » .

(٣) فِي م : « مُفْتَرِقَاتٍ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : لِلزَّوْجَةِ .

ثلاثة ، فتكون من سبعة وعشرين . وإن كانوا خمسة^(١) بينين ،
 «فللموصى له^(٢) السدس كاملاً ، وتصح من ستة على الروايات الثلاث .
 فإن كان معهم زوجة ، صحت الفريضة من أربعين ، فتزید عليها سهمًا
 للموصى ، على إحدى الروايات ، فتصير أحدًا^(٣) وأربعين . وعلى قول
 الخلّال ، تزید مثل نصيب الزوجة ، فتصير خمسة وأربعين . وعلى الرواية
 الأولى ، تزید عليها مثل سدسها ، ولا سدس لها صحيحًا ، فتضربها في
 ستة ثم تزید عليها سدسها ، تكون مائتين وثمانين ؛ للموصى أربعون ،
 وللزوجة ثلاثون ، ولكل ابن اثنان وأربعون ، وترجع بالاختصار إلى مائة
 وأربعين . والذي يقتضيه القياس فيما إذا وصى بسهم من ماله ، أنه إن
 صح أن السهم في لسان العرب السدس ، أو صح الحديث المذكور ، فهو
 كما لو وصى له بسدس ماله ، وإلا فهو كما لو وصى له بجزء من ماله على
 ما اختاره الشافعي ، وابن المنذر ، أن الورثة يعطونه ما شاءوا . والأولى أنه

له بسهم من ماله ، أعطى السدس . وقد روى عن أبي عبد الله رواية أخرى ؛
 يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة ، انتهى . فالظاهر أنه سبعة قلم . والرواية
 الثالثة ، له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزدد على السدس^(٤) . واختار الخلّال
 وصاحبه ، له مثل نصيب أقل الورثة ، سواء كان أقل من السدس أو أكثر . قال في

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في م : « فللموصى » .

(٣) في الأصل : « إحدى » .

(٤) في الأصل : « الثلث » .

الشرح الكبير

إِنْ ثَبَّتَ أَنَّ السَّهْمَ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ يُرَادُ بِهِ السُّدُسُ ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ كَمَا لَوْ وَصَّى بِالسُّدُسِ سَوَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ ، أُعْطِيَ مِثْلَ سَهْمِ أَقْلٍ الْوَرْتَةِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخُلَالِ (وَصَاحِبِهِ) . وَإِحْدَى الرَّوَايَاتِ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ .

الإنصاف

« الْهَدَايَةِ » ، فِي تَيْمَةِ الرَّوَايَةِ : فَإِنْ زَادَ عَلَى السُّدُسِ ، (أُعْطِيَ السُّدُسُ^(٢)) . وَهُوَ قَوْلُ الْخُلَالِ ، وَصَاحِبِهِ . انْتَهَى . وَقِيلَ : يُعْطَى سُدُسًا كَامِلًا . أَطْلَقَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ . وَأَطْلَقَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الرُّوَضَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَجَمَاعَةٌ . وَهُوَ كَالصَّرِيحِ فِي « الْمُتَوَرِّ » ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِنْ وَصَّى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، أُعْطِيَ سُدُسَهُ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » وَالشَّارِحُ : وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ الْقِيَاسُ ، أَنَّهُ إِنْ صَحَّ أَنَّ السَّهْمَ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ السُّدُسُ ، أَوْ صَحَّ الْحَدِيثُ . وَهُوَ أَنَّهُ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، أُعْطِيَ رَجُلًا أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ السُّدُسَ^(٣) . فَهُوَ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِسُدُسٍ مِنْ مَالِهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ . عَلَى مَا اخْتَارَهُ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّ الْوَرْتَةَ يُعْطَوهُ مَا شَاءُوا .

تَبْيِيهِ : قَوْلُ الْمُصَنِّفِ ، فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ : مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ . قَالَهُ الْقَاضِي ، وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ ، وَأَطْلَقَ الْبَاقُونَ الرَّوَايَتَيْنِ ، وَقَوَاهُ الْحَارِثِيُّ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ : لَهُ السُّدُسُ ، وَإِنْ جَاوَزَهُ الْمُوَصَّى بِهِ .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٤٢٠ .

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، كَثُلْتُ أَوْ رُبْعٍ ، أَخَذَتْهُ مِنْ مَخْرَجِهِ
فَدَفَعَتْهُ إِلَيْهِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى
الثُّلُثِ وَلَا يُجِيزُوا لَهُ ، فَتَفَرَّضَ لَهُ الثُّلُثُ ، وَتَقْسِمَ الثَّلَاثِينَ عَلَيْهَا .
وَإِنْ وَصَّى بِجُزْأَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، أَخَذَتْهَا مِنْ مَخْرَجِهَا ، وَقَسَمْتَ
الْبَاقِيَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثُّلُثِ وَرَدَّ الْوَرَثَةُ ، جَعَلَتْ

فصل : فلو خَلَّفَ أَبُوْنِ وَأَبْنَتَيْنِ ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِسُدُسِ مَالِهِ ،
وَلَا خَرَ بَسْهُمْ مِنْهُ ، جَعَلَتْ ذَا السَّهْمِ كَأَحَدِ الْأَبُوْنِ ، وَأَعْطَيْتَ صَاحِبَ
السُّدُسِ سُدُسًا كَامِلًا ، وَقَسَمْتَ [٢٠٧/٥] الْبَاقِيَ بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْوَصِيِّ
عَلَى سَبْعَةٍ ، فَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، لَصَاحِبِ السُّدُسِ سَبْعَةً ،
وَلَصَاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةً ، عَلَى الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَى
الْمُوصَى لَهُ بِالسَّهْمِ السَّبْعَ كَامِلًا ، كَالْوَأْصَى لَهُ مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ أُخْرَى ،
فِيَكُونُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ عَلَى سِتَّةٍ لَا تَنْقَسِمُ ، فَتَضْرِبُهَا فِي
اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُنْ مَائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ .

٢٧٥٤ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، كَثُلْتُ أَوْ رُبْعٍ ،
أَخَذَتْهُ مِنْ مَخْرَجِهِ فَدَفَعَتْهُ إِلَيْهِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا
أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ وَلَا يُجِيزُوا لَهُ ، فَتَفَرَّضَ لَهُ الثُّلُثُ ، وَتَقْسِمَ الثَّلَاثِينَ عَلَيْهَا)
فَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمِ ، ضَرَبْتَ الْمَسْأَلَةَ أَوْ فَقَّحَهَا فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ ، فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ
تَصِحُّ .

٢٧٥٥ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى بِجُزْأَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، أَخَذَتْهَا مِنْ
مَخْرَجِهَا ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثُّلُثِ وَرَدُّوا ،

السَّهَامِ الْحَاصِلَةَ لِلْأَوْصِيَاءِ ثُلُثَ الْمَالِ ، وَدَفَعَتْ الثُّلُثَيْنِ إِلَى الْمُقْتَنِعِ الْوَرَثَةِ .

فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بَرُبْعِهِ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ ، أَخَذَتْ الثُّلُثَ وَالرُّبْعَ مِنْ مَخْرَجِهِمَا سَبْعَةً مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَتَبَقِيَ خَمْسَةٌ لِلْابْنَيْنِ إِنْ أَجَازَا ، وَإِنْ رَدَّا جَعَلَتْ السَّبْعَةُ ثُلُثَ [١٦٩] الْمَالِ ، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَحَدِي وَعِشْرِينَ ، وَإِنْ أَجَازَا لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، أَوْ أَجَازَا أَحَدُهُمَا لَهَا دُونَ الْآخَرِ ، أَوْ أَجَازَ كُلُّ وَاحِدٍ لِوَاحِدٍ ، فَاضْرِبْ وَفَقْ مَسْأَلَةَ الْإِجَازَةِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِيَةً وَسِتِّينَ ، لِلَّذِي أُجِيزَ لَهُ سَهْمُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ

جَعَلَتْ السَّهَامَ الْحَاصِلَةَ لِلْأَوْصِيَاءِ ثُلُثَ الْمَالِ ، وَقَسَمَتْ الثُّلُثَيْنِ عَلَى الْوَرَثَةِ (.

٢٧٥٦ - مسألة : (فَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بَرُبْعِهِ ، وَخَلَفَ ابْنَيْنِ ، أَخَذَتْ الثُّلُثَ وَالرُّبْعَ مِنْ مَخْرَجِهِمَا سَبْعَةً مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، يَبْقَى لِلْابْنَيْنِ خَمْسَةٌ إِنْ أَجَازَا ، وَإِنْ رَدَّا جَعَلَتْ السَّبْعَةُ ثُلُثَ الْمَالِ ، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ) لِلْوَصِيِّينَ الثُّلُثُ سَبْعَةً ، وَلصَاحِبِ الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ ، وَلصَاحِبِ الرُّبْعِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ ابْنَيْنِ سَبْعَةٌ (فَإِنْ أَجَازَا لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، أَوْ أَجَازَا أَحَدُهُمَا لَهَا دُونَ الْآخَرِ ، أَوْ أَجَازَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ ابْنَيْنِ) لِوَاحِدٍ ، فَاضْرِبْ وَفَقْ مَسْأَلَةَ الْإِجَازَةِ ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِيَةً وَسِتِّينَ ، لِلَّذِي أُجِيزَ لَهُ سَهْمُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ

الإجازة مضروب في وفق مسألة الرد ، وللذي رد عليه سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة ، والباقي للورثة ، وللذي أجاز لهما نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الرد ، وللآخر سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة ، والباقي بين الوصيين على سبعة .

الإجازة مضروب في وفق مسألة الرد ، وللمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروب في وفق مسألة الإجازة ، والباقي للورثة ، وللذي أجاز لهما سهمه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الرد ، وللآخر سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة ، والباقي بين الوصيين على سبعة (وبيان ذلك أن مسألة الإجازة من اثني عشر ؛ لأنها مخرج الثلث والرابع ، لصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة ، يبقى خمسة للابنتين ، لا تصح عليهما ، تضرب اثنتين في أصله ، تكن أربعة وعشرين ، للموصي لهما سبعة في اثنتين أربعة عشر ، لصاحب الثلث ثمانية ، ولصاحب الربع ستة ، يبقى عشرة للابنتين ، لكل واحد خمسة . ومسألة الرد من أحد وعشرين ؛ لأن ثلثها سبعة للموصي لهما ، ويبقى أربعة عشر للابنتين بينهما نصفين . فإن أجاز^(١) [٢٠٧/٥ ظ] لأحدهما دون الآخر ، أو أجاز أحد الابنتين لهما دون الآخر ، أو أجاز كل واحد لواحد ، فوافق بين مسألة الإجازة ومسألة الرد ، وهما متفقان بالأثلاث ، فاضرب ثلث إحداهما في جميع

(١) في الأصل : « أجازوا » .

الأخرى ، تكن مائة وثمانية وستين كما ذكر . فإن كانت الإجازة لصاحب الثلث وخذته ، فسهمه من مسألة الإجازة ثمانية مضروب في وفق مسألة الرد - وهي سبعة - ستة وخمسون ، لصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسألة الإجازة - ثمانية - تكن أربعة وعشرين ، صار المجموع للوصيين ثمانين سهماً ، والباقي بين الابنين - وهو ثمانية وثمانون - لكل ابن أربعة وأربعون سهماً . وإن أجازا لصاحب الربع وخذته ، أخذت سهمه من مسألة الإجازة ، ستة من أربعة وعشرين ، فتضربها في وفق مسألة الرد ، وهو سبعة ، تكن اثنين وأربعين ، تدفعها إليه ، ولصاحب الثلث سهمه من مسألة الرد أربعة ، تضربها في وفق مسألة الإجازة ، وهو ثمانية ، تكن اثنين وثلاثين ، فصار المجموع أربعة وسبعين ، يبقى أربعة وتسعون لابنين . فإن أجاز أحد الابنين لهما ، ورد الآخر ، فللذي أجاز سهمه من مسألة الإجازة خمسة ، مضروب في وفق مسألة الرد - سبعة - تكن خمسة وثلاثين ، وللذي رد سهمه من مسألة الرد - سبعة - مضروب في وفق مسألة الإجازة - وهو ثمانية - ستة وخمسون ، تضيفها إلى خمسة وثلاثين ، تكن إحدى وتسعين ، يبقى للوصيين سبعة وسبعون بينهما على سبعة ، لصاحب الثلث أربعة وأربعون ، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون . فإن أجاز كل واحد منهما لواحد ، فإن صاحب الثلث إذا أجاز له الابن ، كان له ستة وخمسون ، وإذا ردًا عليه ، كان له اثنان وثلاثون ، فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين ،

فَيَنْقُصُهُ رَدُّ أَحَدِهِمَا نِصْفَ ذَلِكَ اثْنَيْ عَشَرَ ، يَبْقَى لَهُ أَرْبَعَةٌ وَأَرْبَعُونَ .
 وصاحبُ الرُّبْعِ إذا أجازَ له كان له اثْنانِ وَأَرْبَعُونَ ، وإن رَدَّ عليه كان له
 أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، فقد نَقَصَهُ رَدُّهُمَا ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، فَيَنْقُصُهُ رَدُّ أَحَدِهِمَا
 نِصْفَهَا ، يَبْقَى لَهُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ . وَأَمَّا الْإِثْنَانُ ^(١) ، فالذي أجاز لصاحبِ
 الثُّلُثِ إذا أجازَ لهما ، كان له خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ ، وإذا رَدَّ عليهما ، كان له
 [٢٠٨/٥] سِتَّةٌ وَخَمْسُونَ ، فَيَنْقُصُهُ الْإِجَازَةُ لهما أَحَدًا وَعِشْرِينَ ،
 لصاحبِ الثُّلُثِ منها اثْنَا عَشَرَ ، يَبْقَى لَهُ أَرْبَعَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، والذي أجاز
 لصاحبِ الرُّبْعِ ، إذا أجازَ لهما كان له خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ ، وإذا رَدَّ عليهما
 كان له سِتَّةٌ وَخَمْسُونَ ، فقد نَقَصَتْهُ الْإِجَازَةُ أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، منها تِسْعَةٌ
 لصاحبِ الرُّبْعِ ، بَقِيَ لَهُ سَبْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، وَلِلْوَصِيِّينَ سَبْعَةٌ وَسَبْعُونَ ،
 لصاحبِ الثُّلُثِ أَرْبَعَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، ولصاحبِ الرُّبْعِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ ، فصار
 الْمَجْمُوعُ لهما وَلِلْإِثْنَيْنِ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَسِتُّونَ .

فصل : إذا أَوْصَى لرجلٍ يَنْصِفُ مَالَهُ وَلَا آخَرَ بَرُّعِهِ ، فَأُجَازَ الْوَرِثَةُ ،
 فلصاحبِ النِّصْفِ نِصْفُ الْمَالِ ، والرُّبْعُ لِلْآخِرِ . وإن رَدُّوا ، قَسَمَتِ الثُّلُثُ
 بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى قَدَرِ سَهَامِهِمَا ، لصاحبِ النِّصْفِ ثُلَاثًا ، وللآخِرِ ثُلُثُهُ ،
 وَقَسَمَتِ الثُّلُثَيْنِ عَلَى الْوَرِثَةِ . هذا قولُ الْجُمْهُورِ ؛ منهم الْحَسَنُ ،
 وَالتَّحِيَّيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ،

الشرح الكبير

وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يضرب الموصى له بزيادة على الثلث في حال الرد بأكثر من الثلث ؛ لأن ما زاد على الثلث باطل ، فكيف يضرب به ؟ ولنا ، أنه فاضل بينهما في الوصية ، فوجب المفاضلة بينهما في حال الرد ، كما لو وصى بالثلث والرابع ، أو بمائة ومائتين وماله أربع مائة ، وبهذا يطول ما ذكرناه ، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث ، فقسّم بينهم على قدر الوصايا ، كالثلث والرابع ، ودعوى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ممنوع ، وقد ذكرنا ما يدل على صحتها فيما مضى . فعلى قولنا في هذه المسألة ، فللموصى لهما ثلاثة أرباع إن أجاز الورثة ، ويقتى للورثة الربع . وإن ردوا ، فالثلث بين الوصيين على ثلاثة ، والمسألة كلها من تسعة . وإن أجازوا لأحدهما دون صاحبه ، ضربت مسألة الرد في مسألة الإجازة ، وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد ، والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة . فإن أجاز بعض الورثة لهما ، ورد الباقي عليهما ، أعطيت للمجيز سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد ، ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد في مسألة الإجازة ، وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة . فإن اتفقت المسألتان ، ضربت وفق إحداهما في الأخرى ، ومن له سهم من إحدى المسألتين مضروب في وفق الأخرى . وإن دخلت إحدى المسألتين في الأخرى اجتزأت بأكثرهما ،

الإنصاف

فصل : وَإِنْ زَادَتْ الْوَصَايَا عَلَى الْمَالِ عَمِلَتْ فِيهَا مَسَائِلُكَ فِي مَسَائِلِ الْعَوْلِ .

الشرح الكبير

فتقول في هذه المسألة : إذا كان^(١) أمّا وثلاث أخوات مُفْتَرَقَاتٍ^(٢) ، فأجازوا ، فالمسألة من أربعة ، للوصيين ثلاثة ، وَيَبْقَى سَهْمٌ عَلَى سِتَّةٍ ، تَصْرُبُهَا فِي [٢٠٨/٥ ط] أربعة ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ رَدُّوا فَلِلْوَصِيِّينَ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ مِنْ تِسْعَةٍ ، يَبْقَى سِتَّةٌ عَلَى الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ ، فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النُّصْفِ وَحْدَهُ ، ضَرَبْتَ وَفَقَ التَّسْعَةَ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، لِصَاحِبِ النُّصْفِ اثْنَا عَشَرَ فِي ثَلَاثَةٍ ، سِتَّةٌ وَثَلَاثُونَ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فِي ثَمَانِيَةٍ ، يَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ أَجَازَتْ الْأُمُّ لَهَا وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا أُعْطِيَتِ الْأُمُّ سَهْمًا فِي ثَلَاثَةٍ ، وَلِلْبَاقِينَ خَمْسَةٌ أَسْهُمٍ فِي ثَمَانِيَةٍ ، فَالْجَمِيعُ ثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ أَجَازَتْ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَحْدَهَا فَلَهَا تِسْعَةٌ ، وَلِبَاقِي الْوَرَثَةِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ لَهَا ، عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِصَاحِبِ النُّصْفِ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِصَاحِبِ الرَّبْعِ ثَلَاثَةٌ عَشَرَ .

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (فَإِنْ زَادَتْ الْوَصَايَا عَلَى الْمَالِ عَمِلَتْ فِيهَا عَمَلُكَ فِي مَسَائِلِ الْعَوْلِ) فَتَجْعَلُ وَصَايَاهُمْ كَالْفُرُوضِ الَّتِي فَرَضَهَا^(٣) اللَّهُ تَعَالَى لِلْوَرَثَةِ إِذَا زَادَتْ عَلَى الْمَالِ . وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ

الإنصاف

(١) أَى الْوَرَثَةِ .

(٢) فِي م : « مُفْتَرَقَاتٍ » .

(٣) فِي م : « فَرَضَ » .

فَإِذَا وَصَّى بِنِصْفٍ وَثُلْثٍ وَرُبْعٍ وَسُدُسٍ ، أَخَذَتْهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ،
وَعَالَتْ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ ، فَتَقْسِمُ الْمَالَ كَذَلِكَ إِنْ أُجِيزَ لَهُمْ ، أَوْ
الثُّلْثُ إِنْ رُدَّ عَلَيْهِمْ .

الشرح الكبير

يَبْنِيهِمْ عَلَى تِلْكَ السُّهُامِ (فَإِذَا وَصَّى بِنِصْفٍ وَثُلْثٍ وَرُبْعٍ وَسُدُسٍ ،
أَخَذَتْهَا مِنْ) مَخْرَجِهَا (اثْنَيْ عَشَرَ ، وَعَالَتْ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَقَسَمَتْ
الْمَالَ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ إِنْ أُجِيزَ لَهُمْ ، وَالثُّلْثُ إِنْ رُدَّ عَلَيْهِمْ) فَتَصِحُّ فِي حَالِ
الْإِجَازَةِ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَفِي الرَّدِّ مِنْ خَمْسَةِ وَأَرْبَعِينَ . هَذَا قَوْلُ
النَّخَعِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . قَالَ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ^(١) : ثنا أَبُو
مُعَاوِيَةَ ، ثنا أَبُو عَاصِمٍ الثَّقَفِيُّ ، قَالَ : قَالَ لِي إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ : مَا تَقُولُ
فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِنِصْفٍ مَالِهِ وَثُلْثٍ مَالِهِ وَرُبْعٍ مَالِهِ ؟ قُلْتُ : لَا يَجُوزُ .
قَالَ : فَإِنَّهُمْ قَدْ أَجَازُوا . قُلْتُ : لَا أَذْرِي . قَالَ : امْسِكْ اثْنَيْ عَشَرَ ،
فَأَخْرِجْ نِصْفَهَا سِتَّةً ، وَثُلْثَهَا أَرْبَعَةً ، وَرُبْعَهَا ثَلَاثَةً ، فَاقْسِمِ الْمَالَ عَلَى ثَلَاثَةِ
عَشَرَ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةً ، وَلِصَاحِبِ الثُّلْثِ أَرْبَعَةً ، وَلِصَاحِبِ الرُّبْعِ
ثَلَاثَةً . وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ : يَا أَخَذُ أَكْثَرَهُمْ وَصِيَّةً مَا يَفْضُلُ بِهِ عَلَى مَنْ
دُونَهُ ، ثُمَّ يَقْسِمُونَ الْبَاقِيَ إِنْ أَجَازُوا ، وَفِي الرَّدِّ لَا يُضْرَبُ لِأَحَدٍ بِأَكْثَرِ
^(٢) مِنَ الثُّلْثِ ، وَإِنْ نَقَصَ بَعْضُهُمْ عَنِ الثُّلْثِ أَخَذَ أَكْثَرَهُمْ ^(٣) مَا يَفْضُلُ بِهِ

الإنصاف

(١) في : باب الرجل يوصي للرجل فيموت الموصي له . السنن ١١٦/١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب العول في الوصايا ... من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٧٢/٦ ، ٢٧٣ .

(٢ - ٢) في م : : بالثلث .

(٣) في م : : أكثر .

على مَنْ دُونَهُ . ومثَالُ ذَلِكَ ، رجلٌ أَوْصَى بِثُلُثِي مَالِهِ وَنِصْفِهِ وَثُلُثِهِ ، فَاَلْمَالُ
 بَيْنَهُمْ عَلَى تِسْعَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ فِي الرَّدِّ ، كَمَسْأَلَةٍ فِيهَا
 زَوْجٌ وَأُخْتَانِ لِأَبٍ وَأُخْتَانِ لَأُمٍّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : صَاحِبُ الثُّلُثَيْنِ يَفْضُلُهُمَا
 سُدُسٌ فَيَأْخُذُهُ ، وَهُوَ وَصَاحِبُ النِّصْفِ يَفْضُلَانِ [٢٠٩/٥] صَاحِبُ
 الثُّلُثِ سُدُسٌ ، فَيَأْخُذَانِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَيَقْتَسِمُونَ الْبَاقِيَّ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا .
 وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثَيْنِ سَبْعَةَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ
 أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَمَانِيَةً . وَإِنْ رَدُّوا قُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ .
 وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلَا آخَرَ بِثُلُثِهِ ، فَاَلْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ إِنْ
 أَجَازُوا ، وَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ فِي حَالِ الرَّدِّ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، إِنْ أَجَازُوا
 فَلِصَاحِبِ الْمَالِ الثُّلُثَانِ ، يَنْفَرِدُ بِهِمَا ، وَيُقَاسِمُ صَاحِبَ الثُّلُثِ ، فَيَحْصُلُ
 لَهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ السُّدُسُ ، وَإِنْ رَدُّوا ، اقْتَسَمَا الثُّلُثَ
 نِصْفَيْنِ ، فَلَا يَحْصُلُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ إِلَّا السُّدُسُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ وَالرَّدِّ
 جَمِيعًا . وَلَوْ جَعَلَ مَكَانَ الثُّلُثِ سُدُسًا لَكَانَ لِصَاحِبِ الْمَالِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ
 فِي الْإِجَازَةِ ، وَيُقَاسِمُ صَاحِبَ السُّدُسِ فَيَأْخُذُ نِصْفَهُ ، وَيَبْقَى لِصَاحِبِ
 السُّدُسِ سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ . وَفِي الرَّدِّ ، يَقْتَسِمَانِ الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ،
 فَيَحْصُلُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ الثُّلُثُ ، سَهْمٌ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِمَّا
 حَصَلَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى فَسَادِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِزِيَادَةِ سَهْمِ
 الْمُوصَى لَهُ فِي الرَّدِّ عَلَى حَالِ الْإِجَازَةِ . وَمَتَى كَانَ لِلْمُوصِي حَقٌّ فِي حَالِ
 الرَّدِّ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتِمَّكَنَ الْوَارِثُ مِنْ تَغْيِيرِهِ وَلَا تَنْقِصِهِ وَلَا أَخْذِهِ مِنْهُ وَلَا
 صَرْفِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ أَنَّ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْجُمْهُورُ ، نَظِيرُهُ مَسَائِلُ الْعَوْلِ فِي

وَأَنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ [١٦٩ ط] وَلَا آخَرَ بِنِصْفِهِ ، وَخَلَّفَ
ابْنَيْنِ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ إِنْ أُجِيزَ لَهُمَا ، وَالثُّلُثُ عَلَى ثَلَاثَةٍ
مَعَ الرَّدِّ ، فَإِنْ أُجِيزَ لِصَاحِبِ الْمَالِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ

الفرائض والدُّيُون ، وما ذَكَرَهُ لَا نَظِيرَ لَهُ ، مع أَنَّ فَرَضَ اللَّهِ تَعَالَى لِلوَارِثِ
أَكْثُ مِنْ فَرَضِ الْمُوصَى وَوَصِيَّتِهِ ، ثُمَّ إِنْ صَاحِبَ الْفَضْلِ الْمَفْرُوضِ لَا
يَنْفَرِدُ بِفَضْلِهِ ، فَكَذَا فِي الْوَصَايَا .

٢٧٥٧ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ وَلَا آخَرَ
بِنِصْفِهِ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ إِنْ أُجِيزَ لَهُمَا ، وَالثُّلُثُ عَلَى
ثَلَاثَةٍ إِنْ رُدَّ عَلَيْهِمَا) إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّكَ إِذَا بَسَطْتَ الْمَالَ مِنْ جِنْسِ
الْكُسْرِ ، كَانَ نِصْفَيْنِ ، فَإِذَا ضَمَمْتَ إِلَيْهِمَا ^(١) النِّصْفَ الْآخَرَ صَارَتْ
ثَلَاثَةٌ ، فَيُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَيَصِيرُ النِّصْفُ ثُلُثًا ، كَمَسْأَلَةِ فِيهَا زَوْجٌ
وَأُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ^(٢) ، وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ .

قوله : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بِنِصْفِهِ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى
ثَلَاثَةٍ ، إِنْ أُجِيزَ لَهُمَا ، وَالثُّلُثُ عَلَى ثَلَاثَةٍ مَعَ الرَّدِّ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . وَفِي « التَّرْغِيبِ » وَجْهٌ فِي مَنْ أَوْصَى بِمَالِهِ لَوَارِثِهِ ، وَلَا آخَرَ بَثْلُهُ ،
وَأُجِيزَ ، فَلِلْأَجْنَبِيِّ ثُلُثُهُ ، وَمَعَ الرَّدِّ ، هَلِ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، أَوْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ،
أَوْ هُوَ لِلْأَجْنَبِيِّ ؟ فِيهِ الْخِلَافُ .

قوله : فَإِنْ أُجِيزَ لِصَاحِبِ الْمَالِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ التُّسْعُ ، وَالباقى
لِصَاحِبِ الْمَالِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِلَيْهَا » .

(٢) فِي م : « مُفْتَرِقَاتٍ » .

المقنع التُّسْعُ ، وَالْبَاقِي لِصَاحِبِ الْمَالِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثَا الْمَالِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لَهُمَا ، يَبْقَى التُّسْعَانِ لِلْوَرَثَةِ .

وَأِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النُّصْفِ وَحْدَهُ ، فَلَهُ النُّصْفُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَفِي الْآخِرِ لَهُ الثُّلُثُ ، وَلِصَاحِبِ الْمَالِ التُّسْعَانِ .

٢٧٥٨ - مسألة : (فَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النُّصْفِ وَحْدَهُ) ، فَلِصَاحِبِ الْمَالِ التُّسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ النُّصْفِ النُّصْفُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ مُوَصَّى لَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَهُ أَخْذَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لهما مُزَاحِمَةٌ صَاحِبِهِ ، فَإِذَا زَالَتْ مُزَاحِمَتُهُ أَخَذَ جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا الثُّلُثُ الَّذِي كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لهما ؛ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَى [٢٠٩/٥ ظ] ذَلِكَ إِنَّمَا كَانَ حَقًّا لِصَاحِبِ الْمَالِ أَخْذَهُ الْوَرِثَةَ مِنْهُ بِالرَّدِّ ، فَيَأْخُذُهُ الْإِبْنَانِ . وَإِنْ أَجَازَا لِصَاحِبِ الْكُلِّ وَحْدَهُ ، فَلَهُ ثَمَانِيَةُ أَتْسَاعٍ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَالتُّسْعُ لِلْآخِرِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا الثُّلُثَانِ اللَّذَانِ كَانَا لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لهما ، وَيَبْقَى التُّسْعَانِ لِلْوَرَثَةِ .

و « الْمُحَرَّر » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيز » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوع » وَغَيْرِهِ . وَفِي الْآخِرِ ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثَا الْمَالِ الَّذِي كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لهما ، وَيَبْقَى التُّسْعَانِ لِلْوَرَثَةِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْح » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الْقَوَاعِدِ » .

قوله : وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ [٢٧٧/٢ و] النُّصْفِ وَحْدَهُ ، فَلَهُ النُّصْفُ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَهُ الثُّلُثُ ، وَلِصَاحِبِ الْمَالِ

وَأِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ لِهَمَّا ، فَسَهْمُهُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ أَجَازَ
لِصَاحِبِ الْمَالِ وَحْدَهُ ، دَفَعَ إِلَيْهِ كُلُّ مَا فِي يَدِهِ أَوْ ثُلُثُهُ ، عَلَى
اِخْتِلَافِ الْوَجْهَيْنِ ، وَإِنْ أَجَازَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ
مَا فِي يَدِهِ وَنِصْفَ سُدُسِهِ أَوْ ثُلُثِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٥٩ - مسألة : (فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ لِهَمَّا) دُونَ الْآخِرِ
(فَسَهْمُهُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ) وَلَا شَيْءَ لِلْمُجِيرِ ، وَلِلْإِبْنِ الْآخِرِ الثُّلُثُ ،
وَالثَّلَاثَانِ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا (لِصَاحِبِ الْمَالِ وَحْدَهُ)
فَلِالْآخِرِ الثُّلُثُ ، وَلِلْإِبْنِ الْآخِرِ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي لِصَاحِبِ الْمَالِ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، لَهُ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعٍ ، وَالثُّلُثُ الْبَاقِي لِلْمُجِيرِ (وَإِنْ
أَجَازَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ) وَحْدَهُ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا يَتِمُّ بِهِ النِّصْفُ ، وَهُوَ
تُسْعٌ وَنِصْفُ سُدُسٍ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ وَرُبْعُهُ . وَفِي
الْآخِرِ ، يَدْفَعُ الثُّلُثُ ، وَهُوَ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ لَهُ تِسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ
الْمَالِ تِسْعَانِ ، وَلِلْمُجِيرِ تِسْعَانِ ، وَالثُّلُثُ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ .
وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، تَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ؛ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ اثْنَا عَشَرَ ،
وَلِلْمُجِيرِ خَمْسَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ الْمَالِ ثَمَانِيَةٌ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ مِنْ تِسْعَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ مِنْهَا سَهْمٌ ، فَلَوْ أَجَازَ
لَهُ الْإِبْنَانِ ، كَانَ لَهُ تَمَامُ النِّصْفِ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا ، فَإِذَا أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا لَزِمَهُ
نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ سَهْمٌ وَنِصْفُ رُبْعٍ ، فَتَضَرَّبُ مَخْرَجُ الرُّبْعِ فِي تِسْعَةٍ ،
تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ .

التسعان . وَالْوَجْهَانِ الْآتِيَانِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، بَعْدَ هَذَا ، مَبْنِيَّانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ
الْمُتَقَدِّمَيْنِ ، وَقَدْ عَلِمْتَ الْمَذْهَبَ مِنْهُمَا .

فَصْلٌ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَنْصِبَاءِ : إِذَا خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ ثُلْثَ مَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلْثُ الْمَالِ عِنْدَ [١٧٠ ر] الْإِجَازَةِ ، وَعِنْدَ الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينِ نِصْفَيْنِ . وَالثَّانِي ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ مَا يَحْصُلُ لِابْنٍ ، وَهُوَ ثُلْثُ الْبَاقِي ، وَذَلِكَ التُّسْعَانِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، وَعِنْدَ الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ .

فَصْلٌ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَنْصِبَاءِ : (إِذَا خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ ثُلْثَ مَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلْثُ الْمَالِ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ) كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَصِيٌّ آخَرُ . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى بْنِ آدَمَ (وَعِنْدَ الرَّدِّ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينِ نِصْفَيْنِ) لِأَنَّهُ وَصَّى لِهَمَا بِثُلْثَيْ مَالِهِ ، وَقَدْ رَجَعَتْ وَصِيَّتُهُمَا بِالرَّدِّ إِلَى نِصْفَيْهَا ، وَتَصَبَّحَ مِنْ سِتَّةٍ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَحْصُلُ (لِصَاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ مَا يَحْصُلُ لِابْنٍ ، وَهُوَ ثُلْثُ الْبَاقِي ، وَذَلِكَ التُّسْعَانِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ) لِأَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلْثُ الْمَالِ ، وَيَبْقَى سَهْمَانِ بَيْنَ الْمُوصَى

قوله : إِذَا خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ ثُلْثَ مَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الْكَافِي » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلْثُ الْمَالِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، وَعِنْدَ الرَّدِّ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينِ نِصْفَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي

وَأِنْ كَانَ الْجُزْءُ الْمُوصَى بِهِ النِّصْفَ ، خُرِّجَ فِيهَا وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ الْمَقْنَعُ أَنْ يَكُونَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ ، وَفِي الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِصَاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النَّصِيبِ أَرْبَعَةٌ .

الشرح الكبير

له بالنصيب وبين الابن على ثلاثة ، لا تصح ، تضرُّبها في ثلاثة ، تكن تِسْعَةً ؛ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ وَيَبْقَى سِتَّةٌ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانٍ ، وَلِلْمُوصَى له بالنصيب سهمان وهى التسعان (وفي الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ) التى كانت لهما في حال الإجازة ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمَانِ .

[٢١٠/٥ و] ٢٧٦٠ - مسألة : (وإن كان الجزء الموصى به النِّصْفَ ، خُرِّجَ فِيهَا وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ ، وَفِي الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِصَاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النَّصِيبِ أَرْبَعَةٌ) وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛

« الْهِدَايَةُ » : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ مَا يَحْضُلُ لِابْنٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَذَلِكَ التَّسْعَانِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، وَعِنْدَ الرَّدِّ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَصَحُّ بِلا مَرِيَّةٍ .

قوله : (وإن كان الجزء الموصى به النِّصْفَ ، خُرِّجَ فِيهَا وَجْهٌ ثَالِثٌ ؛ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ ، وَفِي الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا

لأنَّ الورثة لا يلزمهم إجازة أكثر من ثلث المال ، فإذا أجازوا أكثر من ذلك حُصِبَ مِنْ نَصِيْبِهِمْ ؛ لأنَّهم تبرَّعوا به ، وَيَبْقَى نَصِيْبُ الْمُوصَى لَهُ بِالنَّصِيْبِ عَلَى حَالِهِ ، كَأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْمَالِ إِلَّا الثُّلُثُ ، فَيَبْقَى الثُّلُثَانِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ابْنَيْهِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ؛ لأنَّ لَهُ مِثْلَ نَصِيْبِ ابْنٍ ، فَتُجْعَلُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ - لَأَنَّهَا أَقَلُّ عَدَدٍ لَهُ نِصْفٌ وَلِثُلُثِهِ ثُلُثٌ - لِصَاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ؛ لَأَنَّهُ مُجَازٌ لَهُ ، وَيُعْطَى الْمُوصَى لَهُ بِالنَّصِيْبِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ أَرْبَعَةٌ ، صَارَ الْجَمِيعُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ لِلابْنَيْنِ ، لَا تَصِحُّ عَلَيْهِمَا ، فَتَضْرِبُ عَدَدَهُمَا^(١) فِي ثَمَانِيَةِ عَشَرَ تَكُنُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، لِلْمُوصَى لَهَا سِتَّةٌ وَعَشْرُونَ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَلِلْآخَرِ ثَمَانِيَةَ ، يَبْقَى عَشْرَةٌ لِلابْنَيْنِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ رَدُّوا ، قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ وَثَلَاثِينَ ، ثَلَاثَةَ عَشَرَ لِلْوَصِيِّينَ وَلِلابْنَيْنِ سِتَّةٌ وَعَشْرُونَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ الْمُوصَى بِهِ الثُّلُثَيْنِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِالنَّصِيْبِ الثُّلُثُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ وَتَصِحُّ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَفِي الرَّدِّ ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ،

عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ؛ لِصَاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النَّصِيْبِ أَرْبَعَةٌ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ عَنْ الْوَجْهِ الثَّالِثِ : وَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الشَّرْحِ » . وَالْمَسَائِلُ الْمُفْرَعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْخِلَافِ هُنَا ، وَقَدْ عَلِمْتَ الْمَذْهَبَ هُنَا .

الإنصاف

(١) فِي م : « عَدَدَهَا » .

الشرح الكبير

للموصى له بالنصيب التسع ، وللاخر الثلثان في حال الإجازة ، وتصح من تسعة أيضا ، وفي الرد ، يُقسم الثلث بينهما على تسعة ، وتصح من أحد عشرين . وفي الوجه الثالث ، لصاحب النصيب ثلث الثلثين ، وللاخر الثلثان ، وأصلها من تسعة ، وتصح من ثمانية عشر في الإجازة ؛ لصاحب الثلثين اثنا عشر ، وللاخر أربعة ، يبقى سهمان للابنين ، وفي الرد ، يُقسم الثلث بينهما على ستة عشر ، وتصح من ثمانية وأربعين .

فصل : فإن كان الموصى به جميع المال ، فعلى الوجه الأول ، يُقسم المال بينهما على أربعة في حال الإجازة ؛ لصاحب المال ثلاثة ، ولصاحب النصيب سهم ، كما لو وصى بماله كله وبثلثه ، وفي الرد يُقسم الثلث بينهما على أربعة . وعلى الوجه الثاني ، لا يحصل لصاحب النصيب شيء ؛ لأنه إنما يحصل له مثل ابن ، والابن لا يحصل له شيء ، وهذا مما يؤمن هذا الوجه ؛ لأنه لا يطرد . ويكون الكل لصاحب المال في حال الإجازة ، وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث ، ويبقى الثلثان بين صاحب النصيب وبين الابنين على ثلاثة ، وتصح من تسعة . وعلى الوجه الثالث ، لصاحب النصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة ، [٢١٠/٥ ظ] ولصاحب المال تسعة ، فتصح من أحد عشر في حال الإجازة ، وفي الرد من ثلاثة وثلاثين ؛ لصاحب المال تسعة ، ولصاحب النصيب اثنان ، ولكل ابن أحد عشر .

الإنصاف

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَلَا خَرَ بَثْلُ بَاقِي
 الْمَالِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ الْمَالِ ،
 وَلَا خَرَ ثُلُثُ الْبَاقِي تُسْعَانِ ، وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي
 يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ . وَلِعَمَلِهَا طُرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالُ ثَلَاثَةَ
 أَشْهُمٍ وَنَصِيبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِنَصِيبِ ابْنٍ ،
 وَلَا خَرَ ثُلُثُ الْبَاقِي سَهْمٌ ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ ، وَذَلِكَ
 هُوَ النَّصِيبُ ، [١٧٠ ط] فَصَحَّتْ مِنْ أَرْبَعَةٍ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا
 تُتْلَقِي مِنْهُ نَصِيبًا وَثُلُثُ الْبَاقِي ، يَبْقَى ثَلَاثًا مَالٍ إِلَّا ثُلْثِي نَصِيبٍ يَعْدِلُ

٢٧٦١ - مسألة : (إِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ ابْنَيْهِ ،
 وَلَا خَرَ بَثْلُ بَاقِي الْمَالِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ الْمَالِ ،
 وَلَا خَرَ ثُلُثُ بَاقِي الْمَالِ تُسْعَانِ ، وَالْبَاقِي) لِلابْنَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ (وَعَلَى
 الْوَجْهِ الثَّانِي يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ) لِكُونِهِ إِنَّمَا يَحْصُلُ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ
 مَا يَحْصُلُ لِلابْنِ ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ثُلُثُ الْبَاقِي حَتَّى يَعْلَمَ نَصِيبَ الْابْنِ ،
 وَلَا يَعْلَمُ نَصِيبَ الْابْنِ حَتَّى يَعْلَمَ ثُلُثُ الْبَاقِي ، فَيُخْرِجُهُ وَيَقْسِمُ الْبَاقِي عَلَى
 الْابْنَيْنِ وَصَاحِبِ النَّصِيبِ . وَالتَّفْرِيعُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ . (وَلِعَمَلِهَا طُرُقٌ ؛
 أَحَدُهَا ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالُ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ وَنَصِيبًا) وَإِنَّمَا جَعَلْتَهُ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ ؛
 لِيَكُونَ لِلْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ ثُلُثُ (فَتَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِهِ ، وَإِلَى
 الْآخِرِ ثُلُثُ الْبَاقِي سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ ، وَذَلِكَ هُوَ
 النَّصِيبُ ، فَصَحَّتْ مِنْ أَرْبَعَةٍ . وَالطَّرِيقُ الثَّانِي طَرِيقُ الْجَبْرِ (فَتَأْخُذُ مَالًا
 وَتُتْلَقِي مِنْهُ نَصِيبًا) وَيَبْقَى مَالٌ إِلَّا نَصِيبًا ، تَدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ الْآخِرِ ثُلْثَهُ ،

نَصِيْبَيْنِ ، اجْبُرْهَا بِثُلْثَيْ نَصِيْبٍ وَزِدْ مِثْلَ ذَلِكَ عَلَى النَّصِيْبَيْنِ ، ^{المقنع} يَبْقَى ثُلَاثًا مَالٍ يَعْدِلُ نَصِيْبَيْنِ وَثُلْثَيْنِ ، اَبْسُطِ الْكُلَّ اَثْلَاثًا مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ يَصِرُ مَالَيْنِ تَعْدِلُ ثَمَانِيَةَ اَنْصِبَاءَ ، اَقْلِبْ فَاجْعَلِ الْمَالَ ثَمَانِيَةً ، وَالنَّصِيْبَ اِثْنَيْنِ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : لِلْاَبْنَيْنِ سَهْمَانِ ، ثُمَّ تَقُولُ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِزْ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ، يَصِرُ ثَلَاثَةً ، ثُمَّ زِدْ مِثْلَ نَصِيْبِ ابْنٍ ، يَصِرُ اَرْبَعَةً .

وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةُ الثَّانِي بِثُلْثٍ مَا يَبْقَى مِنَ النِّصْفِ ، فَبِالطَّرِيقِ

الشرح الكبير

وهو ثُلُثُ مَالٍ إِلَّا ثُلُثَ نَصِيْبٍ (يَبْقَى ثُلَاثًا مَالٍ إِلَّا ثُلْثَيْنِ نَصِيْبٍ يَعْدِلُ نَصِيْبَيْنِ ، اجْبُرْ ثُلْثِي الْمَالِ بِثُلْثَيْ نَصِيْبٍ وَزِدْ عَلَى النَّصِيْبَيْنِ مِثْلَ ذَلِكَ ، يَبْقَى ثُلَاثًا مَالٍ يَعْدِلُ نَصِيْبَيْنِ وَثُلْثَيْنِ ، اَبْسُطِ الْكُلَّ اَثْلَاثًا مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ) واَقْلِبْ وَحَوِّلْ ، فَاجْعَلِ النَّصِيْبَ اِثْنَيْنِ وَالْمَالَ ثَمَانِيَةً ، وَتَرَجَّعْ بِالِاخْتِصَارِ إِلَى اَرْبَعَةٍ . وَالطَّرِيقُ الثَّلَاثُ الطَّرِيقُ الْمَنْكُوسُ ، وَهِيَ أَنْ تَقُولَ : (لِلْاَبْنَيْنِ سَهْمَانِ) وَهِيَ (مَالٌ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِزْ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ) سَهْمَانِ (يَصِرُ ثَلَاثَةً ، ثُمَّ زِدْ) عَلَيْهِ (مِثْلَ نَصِيْبِ ابْنٍ ، يَصِرُ اَرْبَعَةً) وَإِنْ شِئْتَ ضَرَبْتَ ثَلَاثَةً مَخْرَجَ الثُّلْثِ فِي ثَلَاثَةٍ - وَهِيَ عَدَدُ الْبَيْنَيْنِ مَعَ الْوَصِيِّ - تَكُنْ تِسْعَةً ، اَنْقُصْ مِنْهَا وَاحِدًا يَبْقَى ثَمَانِيَةً ، وَمِنْهَا تَصِحُّ ، وَتُسَمَّى طَرِيقُ الْبَابِ ، وَتَعْمَلُ بِهَا مَا يَرِدُ عَلَيْكَ مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ .

٢٧٦٢ - مسألة : (وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةُ الثَّانِي بِثُلْثٍ مَا يَبْقَى مِنَ النِّصْفِ) فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، تَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، لِصَاحِبِ النَّصِيْبِ

الإنصاف

الأولى تجعل المال ستة نصيبين ، تدفع النصيب إلى الموصى له به ، وإلى الآخر ثلث بقية النصف سهمًا ، وإلى أحد الابنين نصيبًا ، بقي خمسة لابن الآخر ، فالنصيب خمسة ، والمال ستة عشر . وبالجبر ، تأخذ مالا وتلقى منه [١٧١] نصيبًا وثلث باقي النصف ، تبقى خمسة أسداس مالٍ إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين ، اجبرهما ، تكن خمسة أسداس مالٍ ، تعدل نصيبين وثلثين ، أبسط الكل أسداسًا واقبل وحول ، يصير المال ستة

الثلث ستة ، وللآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم ، يبقى أحد عشر لابنين ، وتصح من ستة وثلاثين ، لصاحب النصيب اثنا عشر ، وللآخر سهمان ، ولكل ابن أحد عشر سهمًا في حال الإجازة وفي الرد ، وتصح من أحد وعشرين ، للأول ستة أسهم ، وللآخر سهم ، ولكل ابن سبعة [٢١١/٥] وعلى الوجه الثاني (تجعل المال ستة) أسهم (ونصيبين ، تدفع النصيب إلى الموصى له به ، وإلى الآخر ثلث باقي النصف سهمًا ، وإلى أحد الابنين نصيبًا ، يبقى خمسة لابن الآخر ، فالنصيب خمسة ، والمال ستة عشر) للموصى له بثلث باقي النصف سهم ، يبقى خمسة عشر ، للموصى له بالنصيب خمسة ، ولكل ابن خمسة . (وبالجبر ، تأخذ مالا وتلقى منه نصيبًا ، يبقى مالٍ إلا نصيبًا ، تلقى منه ثلث باقي النصف (يبقى خمسة أسداس مالٍ إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين) اجبرها بثلثي نصيب ، وزد على النصيبين مثلها ، يبقى خمسة أسداس مالٍ يعدل نصيبين وثلثين (أبسط الكل أسداسًا واقبل وحول) واجعل

عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ خَمْسَةٌ .

المقنع

الشرح الكبير

أجزاء المال النَّصِيبَ ، وأجزاء النَّصِيبِ المالَ (يَصِيرُ النَّصِيبُ خَمْسَةً وَالْمَالُ سِتَّةَ عَشَرَ) . وإن شِئْتَ أَخَذْتَ نِصْفَ مَالِ أَلْقَيْتَ مِنْهُ نَصِيبًا ، يَبْقَى نِصْفُ مَالٍ إِلَّا نَصِيبًا ، أَلْقِ ثُلْثَهُ ، يَبْقَى ثُلْثُ مَالٍ إِلَّا ثُلْثِي نَصِيبٍ ، ضُمَّهُ إِلَى نِصْفِ الْمَالِ ، يَصِيرُ خَمْسَةَ أَسْدَاسٍ إِلَّا ثُلْثِي نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ ، اجْزُرْ وَقَابِلْ ، يَصِيرُ خَمْسَةَ أَسْدَاسٍ مَالٍ ، يَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ وَثُلْثَيْنِ ، ابْسُطِ الْكُلَّ أَسْدَاسًا مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ ، وَاقْلِبْ ، يَكُنِ الْمَالُ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ خَمْسَةٌ ، كَمَا سَبَقَ .

فصل : إذا خَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، وَلَا آخَرَ يَنْصُفُ بَاقِيَ الْمَالِ ، فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ النَّصِيبِ مِثْلُ نَصِيبِ الْوَارِثِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثُمَّ وَصِيَّةٌ أُخْرَى . وَالثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى نَصِيبُهُ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يُعْطَى مِثْلُ نَصِيبِ ابْنٍ بَعْدَ أَخَذِ صَاحِبِ النِّصْفِ وَصِيَّتَهُ ، وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ، وَالتَّفْرِيعُ عَلَيْهِ ، وَلَعَمَلِهَا طُرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَأْخُذَ مَخْرَجَ النِّصْفِ فَتُسْقِطَ مِنْهُ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ وَاحِدًا يَصِيرُ أَرْبَعَةً ، فَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ تَكُنْ ثَمَانِيَّةً ، تَنْقُصُهَا سَهْمًا يَبْقَى سَبْعَةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ، لِلْمَوْصَى لَهُ بِالنَّصِيبِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ . طَرِيقٌ آخَرُ ، أَنْ تَزِيدَ سَهَامَ الْبَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ تَكُنْ سَبْعَةٌ . طَرِيقٌ ثَالِثٌ يُسَمَّى الْمَنْكُوسَ ، أَنْ تَأْخُذَ سَهَامَ الْبَنِينَ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، فَتَقُولَ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ نِصْفُهُ ، فَإِذَا أَرَدْتَ

الإنصاف

تَكْمِيلَهُ زِدَتْ عَلَيْهِ مِثْلَهُ ، ثُمَّ زِدْ عَلَيْهِ مِثْلَ نَصِيبِ ابْنِ ، تَكُنْ سَبْعَةً . طَرِيقُ رَابِعٍ ، وَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ الْمَالَ سَهْمَيْنِ وَنَصِيْبًا ، وَتَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ لِلْبَيْنِ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ سَبْعَةٌ . وَبِالْجَبْرِ تَأْخُذُ مَالًا وَتَلْقَى مِنْهُ [٢١١/٥ ط] نَصِيْبًا ، يَبْقَى مَالٌ إِلَّا نَصِيْبًا ، وَتَدْفَعُ نِصْفَ الْبَاقِي إِلَى الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، يَبْقَى نِصْفُ مَالٍ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فَاجْبُرْهُ بِنِصْفِ نَصِيبٍ ، وَزِدْهُ عَلَى الثَّلَاثَةِ ، يَبْقَى نِصْفًا كَامِلًا ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا ، فَالْمَالُ كُلُّهُ سَبْعَةٌ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَّةُ يَنْصِفُ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ ، أَخَذَتْ مَخْرَجَ النِّصْفِ وَالثُّلُثِ مِنْ ^(١) سِتَّةٍ ، نَقَصَتْ مِنْهَا وَاحِدًا ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ تَزِيدُ وَاحِدًا عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا ثَلَاثَةً يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، فَهُوَ الْمَالُ ، تَدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ خَمْسَةً ، يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، تَدْفَعُ مِنْهُمَا إِلَى الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، يَبْقَى خَمْسَةُ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، تَزِيدُ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ نِصْفًا وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، يَكُنْ أَحَدًا وَعِشْرِينَ . وَبِالثَّلَاثِ ، تَعْمَلُ كَمَا عَمِلْتَ فِي الْأَوَّلَى ، فَإِذَا بَلَغَتْ سَبْعَةً ضَرَبْتَهَا فِي ثَلَاثَةٍ ؛ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ الثَّانِيَّةِ يَنْصِفُ الثُّلُثِ . وَبِالرَّابِعِ ، تَجْعَلُ الثُّلُثَ سَهْمَيْنِ وَنَصِيْبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى الْمَوْصَى لَهُ بِهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةُ أَشْهُمٍ وَنَصِيْبَانِ ، تَدْفَعُ النَّصِيْبَيْنِ إِلَى

(١) كَذَا بِالنَّسَخَتَيْنِ ، وَفِي الْمَغْنَى ٤٣٦/٨ : « وَهُوَ » . وَلَعَلَّهُ الصَّوَابُ .

الشرح الكبير

اثنين ، يَتَقَى خمسةٌ للثالث ، فهي النَّصِيبُ ، فإذا بَسَطَها كانت إحدى وعشرين . وبالجَبْرِ ، تأخذُ ما لا تُلْقَى منه ^(١) مِنْ ثُلْثِهِ نَصِيبًا ، وتدفعُ إلى الآخرِ نِصْفَ باقى الثُّلْثِ ، يَتَقَى مِنَ المَالِ خمسةُ أَسْدَاسِهِ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبِ ، اجْزِئَهُ بِنِصْفِ نَصِيبِ ، وزِدْهُ على سِهامِ البَيْنِ ، تَصِرْ ثلاثةً ونِصْفًا تعدلُ خمسةَ أَسْدَاسٍ ، اقلبْ وحولْ ، يكنِ النَّصِيبُ خمسةً وكلُّ سَهمٍ ستةً والمالُ أحدًا وعشرين .

فصل : فإن أوصى لثالثٍ برُبْعِ المَالِ ، فخذِ المَخارجَ وهي اثنان وثلاثةٌ وأربعةٌ ، واضربْ بعضَها في بعضٍ ، تكنُ أربعةٌ وعشرين ، وزِدْ على عَدَدِ البَيْنِ واحدًا ، واضربْها في أربعةٍ وعشرين ، تكنُ ستةً وتسعين ، انقصْ منها ضَرْبَ نِصْفِ سَهمٍ في أربعةٍ وعشرين وذلك اثنا عشر ، يَتَقَى أربعةٌ وثمانون ، وهي المَالُ ، ثم انظرِ الأربعةَ والعشرين ، فانقصْ منها سُدْسَها لأجلِ الوصيةِ الثانيةِ ، ورُبْعَها لأجلِ الوصيةِ الثالثةِ ، يَتَقَى أربعةَ عَشَرَ ، وهي النَّصِيبُ ، فادفعْها إلى الموصى له بالنَّصِيبِ ، ثم اذفعْ إلى الثاني نِصْفَ ما يَتَقَى مِنَ الثُّلْثِ ، وهو سبعةٌ ، وإلى الثالثِ رُبْعَ المَالِ أحدًا وعشرين ، يَتَقَى اثنان وأربعون ، لكلِّ ابنٍ أربعةَ عَشَرَ . وبالطريقِ الثاني ، تزيدُ على عَدَدِ البَيْنِ نِصْفَ سَهمٍ ، وتضربُ ثلاثةً ونِصْفًا [٢١٢/٥ و] في أربعةٍ وعشرين ، تكنُ أربعةً وثمانين . وبالطريقِ الثالثِ ، تعملُ في هذه كما عملتَ في التي قبلَها ، فإذا بلغتُ أحدًا وعشرين ضربتُها في أربعةٍ مِنْ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير
أجل الربع ، تكن أربعة وثمانين . وبطريق النصيب ، تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء ، تدفع نصيباً إلى صاحب النصيب ، وإلى الآخر سهماً ، وإلى صاحب الربع سهماً ونصفاً وثلاثة أرباع نصيب ، يبقى من المال نصيب ورُبُع وثلاثة أسهم ونصف للورثة ، تعدل ثلاثة أنصباء ، فأسقط نصيباً ورُبُعاً بمثلها ، يبقى ثلاثة أسهم ونصف ، تعدل نصيباً وثلاثة أرباع ، فالنصيب إذا سهمان ، فأبسط الثلاثة الأنصباء ، تكن ستة ، فصار المال اثني عشر ، ومنها تصح ، لصاحب النصيب سهمان ، وللآخر نصف باقى الثلث سهم ، ولصاحب الربع ثلاثة ، يبقى ستة للثنين ، لكل ابن سهمان . وهذا أخضر وأحسن . وبالجبر ، تأخذ مالا تدفع منه نصيباً ، يبقى مال إلا نصيباً ، تدفع نصف باقى ثلثه ، وهو سدس إلا نصف نصيب ، يبقى من المال خمسة أسداس إلا نصف نصيب ، تدفع منها رُبُع المال ، يبقى ثلث المال ورُبُعهُ إلا نصف نصيب ، تعدل ثلاثة أنصباء . اجز وقابل وأقلب وحول ، يكن النصيب سبعة ، والمال اثنين وأربعين ، فتضربها في اثنين ليزول الكسر ، تصر أربعة وثمانين .

فصل : فإن كانت الوصية الثالثة برُبُع ما بقى من المال بعد الوصيتين الأولتين ، فاعملها بطريق النصيب ، كما ذكرنا ، يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع سهم ، تعدل نصيباً ونصفاً ، أبسطها أرباعاً ، تكن السهم خمسة عشر والأنصباء ستة ، توافقهما وتردّهما إلى وفقهما ، تصر خمسة أسهم ، تعدل نصيبين ، أقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين ،

وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ
وَسُبْعِ مَا بَقِيَ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَرُبْعِ مَا بَقِيَ ،
وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْبِنْتِ وَثُلْثِ مَا بَقِيَ ، فَقُلْ : مَسْأَلَةُ الْوَرَثَةِ

الشرح الكبير

وَابْسُطْ مَا مَعَكَ ، يَصِرُ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، فَادْفَعْ خَمْسَةً إِلَى صَاحِبِ
النَّصِيبِ ، وَإِلَى الْآخَرِ نِصْفَ بَاقِي الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ ، وَإِلَى الثَّالِثِ رُبْعَ الْبَاقِي
خَمْسَةً ، يَبْقَى خَمْسَةُ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةً . وَهَذِهِ الطَّرِيقُ أَخْصَرُ . وَإِنْ
عَمِلْتَ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، أَخَذْتَ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، فَتَقَصَّصْتَ سُدْسَهَا وَرُبْعَ
الْبَاقِي ، يَبْقَى خَمْسَةُ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ زِدْتَ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ
سَهْمًا ، وَنَقَصْتَ نِصْفَ وَرُبْعَ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، زِدْهَا عَلَى
سَهَامِ الْبَنِينَ ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَثَلَاثَةً أَثْمَانٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ
أَحَدًا وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ ، وَبِالْجَبْرِ يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا .

٢٧٦٣ - مسألة : (وَإِنْ خَلَفَ أُمًّا وَبِنْتًا وَأُخْتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ
نَصِيبِ الْأُمِّ وَسُبْعِ مَا بَقِيَ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَرُبْعِ
[٢١٢/٥ ط] مَا بَقِيَ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْبِنْتِ وَثُلْثِ مَا بَقِيَ) فَاعْمَلْهَا

فَائِدَةٌ جَلِيلَةٌ : قَوْلُهُ : وَإِنْ خَلَفَ أُمًّا وَبِنْتًا وَأُخْتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ
وَسُبْعِ مَا يَبْقَى ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَرُبْعِ مَا يَبْقَى ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ
الْبِنْتِ وَثُلْثِ مَا يَبْقَى ، فَقُلْ : مَسْأَلَةُ الْوَرَثَةِ مِنْ سِتَّةٍ ؛ وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلْثُهُ ،
فَرِذَ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ثَلَاثَةً ، ثُمَّ زِدْ مِثْلَ نَصِيبِ الْبِنْتِ ، يَكُنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، فَهِيَ بَقِيَّةُ
مَالٍ ذَهَبَ رُبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ مِثْلَ ثُلْثِهِ ، وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُخْتِ ، صَارَتْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ،
وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ سُبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ سُدْسَهُ ، وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُمِّ ، يَكُنْ اثْنَيْنِ

المقنع
 مِنْ سِتَّةٍ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ فَرِذٌ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ثَلَاثَةٌ ،
 ثُمَّ زِدْ مِثْلَ نَصِيبِ الْبِنْتِ ، تَكُنْ اثْنِي عَشَرَ ، فَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ
 رُبُعُهُ ، فَرِذٌ عَلَيْهِ ثُلُثُهُ وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُخْتِ ، صَارَتْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ
 وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ سُبْعُهُ ، فَرِذٌ عَلَيْهِ سُدُسُهُ وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُمِّ ،
 تَكُنْ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ .

الشرح الكبير
 بِالْمَنْكُوسِ (قُلْ : مسألة الورثة مِنْ سِتَّةٍ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ،
 فَرِذٌ عَلَيْهِ نِصْفُهُ ثَلَاثَةٌ) يَكُنْ تِسْعَةٌ وَ (مِثْلَ نَصِيبِ الْبِنْتِ) ثَلَاثَةٌ (يَكُنْ
 اثْنِي عَشَرَ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ رُبُعُهُ ، فَرِذٌ عَلَيْهِ ثُلُثُهُ) أَرْبَعَةٌ ، صَارَتْ
 عَشَرَ (وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُخْتِ) اثْنَيْنِ (يَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ
 ذَهَبَ سُبْعُهُ ، فَرِذٌ عَلَيْهِ سُدُسُهُ) ثَلَاثَةٌ ، يَكُنْ أَحَدًا وَعِشْرِينَ (وَمِثْلَ
 نَصِيبِ الْأُمِّ) سَهْمًا (يَكُنْ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ) . وَمِنْهَا تَصِحُّ ، تَدْفَعُ إِلَى
 الْمُوصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ سَهْمًا وَسُبْعُ الْبَاقِي ثَلَاثَةٌ ، يَبْقَى ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ،
 تَدْفَعُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ ^(١) بِمِثْلِ نَصِيبِ ^(٢) الْأُخْتِ سَهْمَيْنِ وَرُبْعَ الْبَاقِي ،

الإيضاح
 وَعِشْرِينَ . هَذِهِ الطَّرِيقَةُ تُسَمَّى طَرِيقَةَ الْمَنْكُوسِ ، وَهِيَ غَيْرُ مُطَرَّدَةٍ . وَلَنَا فِيهَا
 طَرِيقَةُ مُطَرَّدَةٍ ، وَلَمْ أَرَاهَا مُسْطُورَةً فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، وَلَكِنْ أَفَادَنِيهَا بَعْضُ
 مَشَايخِنَا ؛ وَذَلِكَ أَنَا نَقُولُ : انْكَسَرَ مَعْنَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَأَرْبَعَةٍ ، وَسَبْعَةٍ . وَهَذِهِ
 الْأَعْدَادُ مُتَبَايِنَةٌ ، فَاضْرِبْ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ ، تَبْلُغْ أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ ؛ ثُلُثُهَا ثَمَانِيَةَ
 وَعِشْرُونَ ، وَرُبُعُهَا أَحَدًا وَعِشْرُونَ ، وَسُبْعُهَا اثْنَا عَشَرَ ، وَمَجْمُوعُ ذَلِكَ أَحَدًا

(١) سقط من : م .

فِيحْصُلُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ، تَدْفَعُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْبِنْتِ ثَلَاثَةً ، يَبْقَى تِسْعَةٌ ، تَدْفَعُ إِلَيْهِ ثُلُثُهَا ثَلَاثَةً ، يَصِرُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ لِلوَرِثَةِ ، هَذَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ . وَفِي الرَّدِّ ، تَجْعَلُ الثُّلُثَ سِتَّةَ عَشَرَ ، فَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ وَأَرْبَعِينَ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْأُمِّ أَرْبَعَةٌ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَصِيِّينَ الْآخَرَيْنِ سِتَّةٌ ، وَلِلوَرِثَةِ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، لَا تَنْقَسِمُ عَلَى مَسَائِلِهِمْ ، وَتُؤَافِقُهَا بِالْأَنْصَافِ فَتَضْرِبُ وَفْقَ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرَى تَكُنْ مِائَةً وَأَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ .

وَيَسْتُونُ ، يَبْقَى بَعْدَ ذَلِكَ ثَلَاثَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَهُوَ النَّصِيبُ . فَاحْفَظْهُ . ثُمَّ تَأْتِي إِلَى نَصِيبِ الْبِنْتِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، تَلْقَى ثُلُثَهُ ؛ وَهُوَ وَاحِدٌ ، يَبْقَى اثْنَانِ ، وَتَلْقَى مِنْ نَصِيبِ الْأُخْتِ رُبْعَهُ ، وَهُوَ نِصْفُ سَهْمٍ ، يَبْقَى سَهْمٌ وَنِصْفٌ ، وَتَلْقَى مِنْ نَصِيبِ الْأُمِّ سُبْعَهُ ، وَهُوَ سُبْعُ سَهْمٍ ، يَبْقَى سِتَّةُ أَشْبَاعٍ ، فَتَجْمَعُ الْبَاقِي بَعْدَ الَّذِي أَلْفَيْتَهُ مِنْ أَنْصِبَاءِ الثَّلَاثَةِ ، يَكُونُ أَرْبَعَةَ أَشْهُمٍ وَسُبْعِينَ وَنِصْفَ سُبْعٍ ، فَتُضَيِّفُهَا إِلَى الْمَسَائِلَةِ ، وَهِيَ سِتَّةٌ ، يَكُونُ الْمَجْمُوعُ عَشْرَةَ أَشْهُمٍ وَسُبْعِينَ وَنِصْفَ سُبْعٍ ، فَاضْرِبْ ذَلِكَ فِي الْأَرْبَعَةِ وَالثَّمَانِينَ الَّتِي حَصَلَتْ مِنْ مَخْرَجِ الْكُسُورِ ، يَكُنْ ثَمَانِمِائَةً وَسَبْعِينَ . وَمِنْهَا تَصِحُّ لِلْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْأُمِّ سَهْمٌ مِنْ سِتَّةٍ ، مَضْرُوبٌ فِي النَّصِيبِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَعِشْرُونَ ، يَكُونُ ذَلِكَ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ سَهْمًا ، وَلَهُ سُبْعُ الْبَاقِي مِنَ الثَّمَانِمِائَةِ وَالسَّبْعِينَ ، وَهُوَ مِائَةٌ وَاحِدٌ وَعِشْرُونَ ، يَنْلُغُ الْمَجْمُوعُ لَهُ مِائَةً وَأَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ . وَلِلْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ سَهْمَانِ مِنَ سِتَّةٍ ، مَضْرُوبَانِ فِي النَّصِيبِ ، تَنْلُغُ سِتَّةً وَأَرْبَعِينَ ، وَلَهُ رُبْعُ الْبَاقِي مِنَ الثَّمَانِمِائَةِ وَالسَّبْعِينَ ، وَقَدْرُهُ مِائَتَانِ وَسِتَّةٌ ، يَكُونُ الْمَجْمُوعُ لَهُ مِائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ . وَلِلْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْبِنْتِ ، ثَلَاثَةُ مَضْرُوبَةٍ فِي ثَلَاثَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَنْلُغُ تِسْعَةً

وَسِتِّينَ ، وَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي مِنَ الثَّمَانِمِائَةِ وَالسَّبْعِينَ ، وَقَدَرُهُ مِائَتَانِ وَسَبْعَةٌ وَسِتُّونَ ،
يَكُونُ الْمَجْمُوعُ لَهُ ثَلَاثِمِائَةٍ وَسِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ . فَمَجْمُوعُ سِهَامِ الْمُوصَى لَهُمْ
سَبْعِمِائَةٌ وَاثْنَانِ وَثَلَاثُونَ سَهْمًا ، وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ ، وَقَدَرُهُ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَثَلَاثُونَ
سَهْمًا ، لِلأُمِّ السُّدُسُ مِنْ ذَلِكَ ، وَقَدَرُهُ ثَلَاثَةٌ وَعِشْرُونَ سَهْمًا ، وَلِلْأَخْتِ الثُّلُثُ ،
وَقَدَرُهُ سِتَّةٌ وَأَرْبَعُونَ سَهْمًا ، وَلِلْبَنَتِ النِّصْفُ ، وَقَدَرُهُ تِسْعَةٌ وَسِتُّونَ سَهْمًا . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ . وَإِنْ أَرَدْتُ أَنْ تُعْطِيَ الْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْبَنَتِ وَثُلُثُ مَا يَبْقَى أَوَّلًا ، أَوْ
الْمُوصَى لَهُ بِمَثَلِ نَصِيبِ الْأَخْتِ وَرُبْعُ مَا يَبْقَى ، فافْعَلْ كَمَا قُلْنَا ، يَصِحَّ الْعَمَلُ
مَعَكَ ، بِخِلَافِ طَرِيقَةِ الْمُصَنِّفِ ؛ فَإِنَّهَا لَا تَعْمَلُ إِلَّا عَلَى طَرِيقَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ وَهِيَ
الَّتِي ذَكَرَهَا ، فَأُحِبُّتُ أَنْ أَذْكَرَ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ لَتُعْرَفَ ، وَلِيُقَاسَ عَلَيْهَا مَا شَابَهَا ؛
لَا طَرَادَها . وَاللَّهُ الْمُؤَقِّتُ . ^(١) وَاسْتَمَرَّيْنَا عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ مُدَّةً طَوِيلَةً إِلَى سَنَةِ سَبْعٍ
وَسَبْعِينَ وَثَمَانِمِائَةٍ ، ثُمَّ سَافَرْتُ إِلَى بَيْتِ الْمَقْدِسِ لِلزِّيَارَةِ ، وَكَانَ فِيهَا رَجُلٌ مِنَ
الْأَفَاضِلِ الْمُحَرَّرِينَ فِي الْفَرَائِضِ وَالْوَصَايَا ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؟ فَتَرَدَّدَ
فِيهَا ، وَذَكَرَ لَنَا طَرِيقَةً حَسَنَةً مُوَافِقَةً لِقَوَاعِدِ الْفَرَضِيِّينَ ، وَكُنْتُ قَبْلَ ذَلِكَ قَدْ كَتَبْتُ
الْأَوَّلَى فِي التَّنْقِيحِ ، كَمَا فِي الْأَصْلِ ، فَلَمَّا تَحَرَّرَ عِنْدَنَا أَنَّ الطَّرِيقَةَ الَّتِي قَالَهَا هَذَا
الْفَاضِلُ أَوَّلَى وَأَصَحُّ ، أَضْرَبْنَا عَنْ هَذِهِ الَّتِي فِي الْأَصْلِ ، وَأَثْبَتْنَا هَذِهِ ، وَهِيَ
الْمُعْتَمَدُ عَلَيْهَا . وَقَدْ تَبَيَّنَ لِي أَنَّ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ ، الَّتِي فِي الْأَصْلِ ، غَيْرُ صَحِيحَةٍ ، وَإِنَّمَا
هِيَ عَمَلٌ ؛ لِتَصِحَّ قِسْمَتُهَا مُطْلَقًا ، مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى مَا يَخْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ ، وَقَدْ
كَتَبْتُ عَلَيْهَا مَا يُبَيِّنُ ضَعْفَهَا مِنْ صِحَّتِهَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ، وَيُعَرِّفُ بِالتَّأَمُّلِ عِنْدَ
النَّظَرِ ، وَأَثْبَتُ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ ، وَضَرَبْتُ عَلَى الْأَوَّلَى الَّتِي فِي الْأَصْلِ هُنَا .
فَلْيُحَرَّرْ ^(١) .

وَأَنْ خَلَّفَ ثَلَاثَةً بَيْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا [١٧١ ط]
رُبْعَ الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةً ، وَزِدْ عَلَيْهِ رُبْعَهُ يَكُنْ

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ خَلَّفَتْ امْرَأَةٌ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ ، وَأَوْصَتْ بِمِثْلِ
نَصِيبِ الْأُمِّ وَتُلْثَ مَا بَقِيَ ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الزَّوْجِ وَنِصْفِ مَا بَقِيَ ،
فَمَسْأَلَةُ الْوَرِثَةِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، وَهِيَ مَالٌ ذَهَبَ نِصْفُهُ ، فَرِذٌّ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، يَكُنْ
سِتَّةَ عَشَرَ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الزَّوْجِ ثَلَاثَةً ، يَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، وَهُوَ بَقِيَّةُ مَالٍ
ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِذٌّ عَلَيْهِ نِصْفُهُ ، صَارَ ثَمَانِيَةً وَعِشْرِينَ وَنِصْفًا ، فَرِذٌّ^(١) عَلَيْهِ
مِثْلُ نَصِيبِ الْأُخْتِ سَهْمَيْنِ ، يَكُنْ ثَلَاثِينَ وَنِصْفًا ، انْطُطِمَا مِنْ جِنْسِ
الْكَسْرِ تَكُنْ أَحَدًا وَسِتِّينَ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ أَرْبَعَةً ، بَقِيَ سَبْعَةٌ
وَحَمْسُونَ ، اذْفَعْ إِلَيْهِ ثُلُثَهَا تِسْعَةَ عَشَرَ ، بَقِيَ ثَمَانِيَةً وَثَلَاثُونَ ، اذْفَعْ إِلَى
الْمُوصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ الزَّوْجِ سِتَّةً ، يَبْقَى اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، اذْفَعْ إِلَيْهِ نِصْفَهَا
سِتَّةَ عَشَرَ ، يَبْقَى سِتَّةَ عَشَرَ لِلْوَرِثَةِ ؛ لِلزَّوْجِ سِتَّةً ، وَلِلْأُمِّ أَرْبَعَةً ، وَلِلْأُخْتِ
سِتَّةً ، هَذَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ . وَفِي الرَّدِّ ، تَجْعَلُ السَّهَامَ الْخَاصِلَةَ لِلْأَوْصِيَاءِ -
وَهِيَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ - ثُلُثَ الْمَالِ ، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ جَمِيعُهَا مِنْ^(٢) مِائَةٍ وَ^(٣)

خَمْسَةٌ وَثَلَاثِينَ .

٢٧٦٤ - مَسْأَلَةٌ : (إِذَا خَلَّفَ ثَلَاثَةً بَيْنَيْنِ ، وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ
أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةً) وَزِدْ عَلَيْهَا [٢١٣/٥]

الإنصاف

(١) فِي م : ٥ فَرِذٌّ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ م .

خَمْسَةً ، فَهُوَ نَصِيبُ كُلِّ ابْنٍ ، وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ،
 وَاضْرِبْهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، أُعْطِ الْمُوصَى لَهُ
 نَصِيبًا ، وَهُوَ خَمْسَةٌ ، وَاسْتَنْ مِنْهُ رُبْعَ الْمَالِ أَرْبَعَةً ، يَبْقَى لَهُ
 سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ .
 فَرِزْدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَرُبْعًا ، وَاضْرِبْهُ فِي الْمَخْرَجِ يَكُنْ سَبْعَةً
 عَشَرَ ، لَهُ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ .
 وَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً وَزِدْتَ
 عَلَيْهِ وَاحِدًا ، يَكُنْ أَرْبَعَةً ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى سِهَامِ

سَهْمًا (تَكُنْ خَمْسَةً) فَهُوَ النَّصِيبُ (وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهُ
 فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ) تَدْفَعُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِالنَّصِيبِ خَمْسَةً ،
 (وَتَسْتَنْي مِنْهُ رُبْعَ الْمَالِ أَرْبَعَةً ، يَبْقَى لَهُ سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ)
 وَإِنْ شِئْتَ خَصَصْتَ كُلَّ ابْنٍ بِرُبْعٍ ، وَقَسَمْتَ الرُّبْعَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَهُ
 عَلَى أَرْبَعَةٍ . (فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ . فَرِزْدْ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ
 سَهْمًا وَرُبْعًا) وَاضْرِبْهُ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً عَشَرَ ، لِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ،
 وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا وَتَدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا إِلَى الْوَصِيِّ ،
 وَتَسْتَنْي مِنْهُ رُبْعَ الْبَاقِي ، وَهُوَ رُبْعُ مَالٍ إِلَّا رُبْعَ نَصِيبٍ ، صَارَ مَعَكَ مَالٌ
 وَرُبْعٌ إِلَّا نَصِيبًا وَرُبْعًا ، يَعْدِلُ أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ ،
 يَخْرُجُ النَّصِيبُ خَمْسَةً ، وَالْمَالُ سَبْعَةً عَشَرَ .

٢٧٦٥ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ
 الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً وَزِدْتَ عَلَيْهِ وَاحِدًا صَارَ أَرْبَعَةً ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَتَرِيدُ

الْبَيْنِ سَهْمًا وَثُلُثًا وَضَرَبَتْهُ فِي ثَلَاثَةٍ يَكُنْ ثَلَاثَةُ عَشَرَ سَهْمًا ، لَهُ سَهْمٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةٌ . وَلَا يَلِيقُ بِهَذَا الْكِتَابِ التَّطْوِيلُ بِأَكْثَرِ مِنْ هَذَا .

الشرح الكبير على عَدَدِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَثُلُثًا ، وَضَرَبَتْهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةُ عَشَرَ (، فَهُوَ الْمَالُ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : الْمَالُ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ وَوَصِيَّةٌ ، الْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبٌ إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَهَا ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ نَصِيبٌ ، فَبَقِيَ رُبْعٌ نَصِيبٌ ، فَهُوَ الْوَصِيَّةُ . وَبَيَّنَّ أَنَّ الْمَالَ كُلَّهُ ثَلَاثَةُ وَرُبْعٍ ، ابْسُطْهَا تَكُنْ ثَلَاثَةُ عَشَرَ . وَلِهَذَا الْمَسَائِلُ طُرُقٌ سَوَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ . فَخُذْ مَخْرَجَ ثُلُثِ الثُّلُثِ ، وَهُوَ تِسْعَةٌ ، زِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا تَكُنْ عَشْرَةٌ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَزِدْ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَثُلُثًا ، وَاضْرِبْ ذَلِكَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةٌ وَثَلَاثِينَ ، ادْفَعْ عَشْرَةَ إِلَى الْوَصِيِّ ، وَاسْتَنْ مِنْهُ ثُلُثَ بَقِيَةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، يَبْقَى لَهُ تِسْعَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ عَشْرَةٌ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا ثُلُثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَالَ سِتَّةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهِ سَهْمًا ، صَارَ سَبْعَةً ، فَهَذَا هُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَنِصْفًا ، وَضَرَبْتَ فِي سِتَّةٍ ، يَصِرُ سَبْعَةٌ وَعِشْرِينَ ، وَدَفَعْتَ إِلَى الْوَصِيِّ سَبْعَةً ، وَأَخَذْتَ مِنْهُ نِصْفَ بَقِيَةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، بَقِيَ مَعَهُ سِتَّةٌ ، وَبَقِيَ أَحَدُ وَعِشْرُونَ ، لِكُلِّ ابْنٍ سَبْعَةٌ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ

هو النِّصْفُ بعدَ النَّصِيبِ . ومتى أُطْلِقَ الاستِثْنَاءُ فلم يُقَلْ^(١) : بعدَ النَّصِيبِ ، ولا الوصية . فعندَ الجُمهُورِ يُحْمَلُ على ما بعدَ النَّصِيبِ ، وعندَ محمد بنِ الحسنِ والبَصْرِيِّينَ يكونُ بعدَ الوصية .

فصل : فإن قال : إلَّا خُمُسَ ما يَبْقَى مِنَ المَالِ بعدَ النَّصِيبِ ، [٢١٣/٥ ط] ولا خَرَ بَثُلْتُ ما يَبْقَى مِنَ المَالِ بعدَ وصيةِ الأوَّلِ . فخذِ المَخْرَجَ خمسةً ، وزِدْ عليها خُمُسَهَا ، تكنُ ستةً ، انْقُصْ ثُلُثَهَا مِنْ أَجْلِ الوصيةِ بالثُلُثِ ، يَبْقَى أربعةٌ ، فهي النَّصِيبُ ، ثم خُذْ سَهْمًا وزِدْ عليه خُمُسَهُ^(٢) ، وانْقُصْ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثَهُ ، يَبْقَى أربعةٌ أخماسٍ ، زِدْها على أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ ، واضْرِبْها في خمسةٍ ، تَصِرُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، فهي المَالُ ، اذْفَعْ إلى الأوَّلِ أربعةً ، واسْتَنْ مِنْ خُمُسِ الْبَاقِي ثَلَاثَةً ، يَبْقَى مَعَهُ سَهْمٌ ، واذْفَعْ إلى الْآخِرِ ثُلُثَ الْبَاقِي سِتَّةً ، يَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةٌ . وبِالْجَبْرِ ، خُذْ مَالًا وَأَلْقِ مِنْهُ نَصِيبًا ، واسْتَرْجِعْ مِنْ خُمُسِ الْبَاقِي ، يَصِرْ مَالًا وَخُمُسًا إلَّا نَصِيبًا وَخُمُسًا ، أَلْقِ ثُلُثَ ذَلِكَ ، بَقِيَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ مَالٍ إلَّا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَابْسُطْ ، يَكُنِ المَالُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، والنَّصِيبُ أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، وهى بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فزِدْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ، يَصِرْ أَرْبَعَةُ أَنْصِبَاءَ وَنِصْفًا وَوصيةً ، والوصيةُ هِيَ نَصِيبٌ إلَّا خُمُسَ الْبَاقِي ، وهو نِصْفُ نَصِيبٍ وَخُمُسُ نَصِيبٍ

(١) في م : « يقبل » .

(٢) في م : « خمسها » .

وْخُمْسُ وَصِيَّةٍ ، يَبْقَى خُمْسُ نَصِيبٍ وَعُشْرُ نَصِيبٍ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةٍ ،
 أَجْبَرُ وَقَابِلُ وَابْسُطُ ، تَصِرُ ثَلَاثَةٌ مِنَ النَّصِيبِ ، تَعْدِلُ اثْنَتَيْ عَشَرَ سَهْمًا مِنَ
 الْوَصِيَّةِ ، وَهِيَ ^(١) تَتَّفَقُ بِالْأَثْلَاثِ ، فَرُدُّهَا إِلَى وَقْفِهَا تَصِرُ سَهْمًا ، تَعْدِلُ
 أَرْبَعَةً ، وَالْوَصِيَّةُ سَهْمٌ ، وَالنَّصِيبُ أَرْبَعَةٌ ، فَاِبْسُطُهَا تَكُنْ تِسْعَةَ عَشَرَ .
 فَإِنْ كَانَ الِاسْتِثْنَاءُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، قُلْتَ : الْمَالُ أَرْبَعَةُ أَشْهُمٍ وَنِصْفُ وَصِيَّةٍ ،
 وَهِيَ نَصِيبٌ إِلَّا خُمْسَ الْبَاقِي ، وَهِيَ تِسْعَةُ أَعْشَارِ نَصِيبٍ ، يَبْقَى عُشْرُ
 نَصِيبٍ فَهُوَ الْوَصِيَّةُ . فَاِبْسُطِ الْكُلَّ أَعْشَارًا ، تَكُنِ الْأَنْصِبَاءُ خَمْسَةً
 وَأَرْبَعِينَ ، وَالْوَصِيَّةُ سَهْمٌ . وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَى خُمْسَ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَالْوَصِيَّةُ
 عُشْرُ نَصِيبٍ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةٍ ، أَجْبَرُ ، يَصِرُ الْعُشْرُ يَعْدِلُ وَصِيَّةً وَخُمْسًا ،
 ابْسُطُ ، يَصِرُ النَّصِيبُ سِتِّينَ ، وَالْوَصِيَّةُ خَمْسَةً ، وَالْمَالُ كُلُّهُ مَائَتَانِ وَخَمْسَةٌ
 وَسَبْعُونَ ، أَلْقِ مِنْهَا سِتِّينَ ، وَاسْتَرجِعْ مِنْهُ خُمْسَ الْمَالِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ
 وَخُمْسُونَ ، يَبْقَى لَهُ خَمْسَةٌ ^(٢) ، وَلِلْآخِرِ ثُلُثُ الْبَاقِي تِسْعُونَ ، وَيَبْقَى مِائَةٌ
 وَثَمَانُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ سِتُّونَ ، وَتَرْجِعُ بِالْاِخْتِصَارِ إِلَى خُمْسِهَا ، وَذَلِكَ
 خَمْسَةٌ وَخُمْسُونَ ، لِلْوَصِيِّ الْأَوَّلِ سَهْمٌ ، وَلِلثَّانِي ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَلِكُلِّ ابْنِ
 اثْنَا عَشَرَ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا تَلْقَى مِنْهُ نَصِيبًا ، وَتَزِيدُ عَلَى الْمَالِ خَمْسَةً ،
 يَصِرُ مَالًا وَخُمْسًا إِلَّا نَصِيبًا ، أَلْقِ ثُلُثَ ذَلِكَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ مَالٍ
 إِلَّا ثُلُثَيْ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةً ، أَجْبَرُ وَقَابِلُ وَابْسُطُ ، [٢١٤/٥] يَكُنْ

(١) بعده في م : لا .

(٢) في م : خمسة .

المال ثمانية عشر وثلثًا ، اضربها في ثلاثة ليزول الكسر ، تصير خمسة وخمسين . وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر ، وزد عليها خمسها ، ثم انقص ثلث المال كله ، يبقى ثلاثة عشر ، فهي النصيب ، وزد على أنصاء البين سهما ، واضربه في المال ، يكن ستين ، وهي المال . وإن كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله ، فالعمل كذلك ، إلا أنك تريد على سهام البين سهما وخمسا وتضربها ، تكن ثلاثة وستين . فإن كان استثنى خمس ما بقي من الثلث ، زدت على الخمسة عشر سهما واحدا ، فصار ستة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كله ، بقي أحد عشر ، فهي النصيب ، ثم زدت على سهام البين سهما وخمسا ، وضربتها في خمسة عشر ، تكن ثلاثة وستين ، تدفع إلى الوصي الأول أحد عشر ، وتستثنى منه خمس بقية الثلث سهمين ، يبقى معه تسعة ، وتدفع إلى صاحب الثلث أحدًا وعشرين ، يبقى ثلاثة وثلاثون ، لكل ابن أحد عشر . فإن كانت الوصية الثانية بثلث باقى المال ، زدت على الخمسة عشر واحدا ، ثم ^(١) نقصت ثلث الستة عشر ، ولا ثلث لها ، فاضربها في ثلاثة ، تكن ثمانية وأربعين ، انقص منها ثلثها ، يبقى اثنان وثلاثون ، فهي النصيب ، وخذ سهما وزد عليه خمسه ، ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي ، يبقى أربعة أخماس ، زدها على سهام الورثة ، واضربها في خمسة وأربعين ، تكن مائة وأحدًا وسبعين ، ومنها تصح .

فصل: إذا وصَّى لرجلٍ بمثلٍ نصيبٍ أحدِ بَيْنِهِ ، وهم ثلاثةٌ ، ولآخرَ بثُلثٍ ما يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ ، ولآخرَ بَدْرَهُمْ ، فاجْعَلِ المَالَ تسعةَ دراهمٍ وثلاثةَ أنصِبَاءَ ، فادْفَعْ إِلَى الوَصِيِّ الأوَّلِ نصيبًا ، وإلى الثاني والثالثِ دِرْهَمَيْنِ ، بَقِيَ سبعةٌ ونصيبان ، اذْفَعْ نصيبَيْنِ إِلَى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى سبعةٌ للابنِ الثالثِ ، فالتَّصِيبُ سبعةٌ ، والمالُ ثلاثُونَ ، فَإِنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ الثالثةَ بَدْرَهُمَيْنِ ، فالتَّصِيبُ ستةٌ ، والمالُ سبعةٌ وعِشْرُونَ .

فصل: إذا وصَّى لعمِّه بثُلثِ ماله ، ولخاله بعُشرِهِ ، فَرُدَّتْ وَصِيَّتُهُمَا ، فَتَحَاصُّا فِي ^(١) الثُّلُثِ ، وَأَصَابَ الخَالُ ستةٌ ، فاضْرِبْهَا فِي وَصِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ عَشْرَةٌ ، تَكُنْ سِتِّينَ ، وَأَقْسِمْهُ عَلَى الْفَاضِلِ بَيْنَهُمَا ، يَخْرُجُ بِالْقِسْمِ خَمْسَةٌ عَشَرَ ، فَهِيَ الثُّلُثُ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : قَدْ أَصَابَ الخَالُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ وَصِيَّتِهِ ، يَجِبُ أَنْ يُصِيبَ العَمُّ كَذَلِكَ ، فَيَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ خُمْسَاهُ ، وَهِيَ تَعْدِلُ مَا أَصَابَ الخَالُ ، فزِدْ عَلَى مَا أَصَابَ الخَالُ مِثْلَ نِصْفِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، يَصِيرُ [٢١٤/٥ ط] تِسْعَةً ، وَهُوَ الَّذِي أَصَابَ العَمُّ . وَإِنْ قَالَ : أَصَابَ العَمُّ الرَّبْعَ . فَقَدْ أَصَابَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ وَصِيَّتِهِ ، وَبَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ نِصْفُ سُدْسٍ ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ وَصِيَّةَ الخَالِ ، وَذَلِكَ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ، وَلِلْعَمِّ ثَلَاثَةُ أُمْتَالِهَا اثْنَانِ وَعِشْرُونَ وَنِصْفٌ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ تِسْعُونَ . وَإِنْ قَالَ : أَصَابَ الخَالُ خُمْسَ المَالِ . فَقَدْ بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ خُمْسَاهُ لِلْعَمِّ ، فَيَكُونُ الحَاصِلُ لِلخَالِ خُمْسًا وَصِيَّتِهِ أَيْضًا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ وَوَصِيَّةٌ ، وَلِلْعَمِّ مِثْلُ ثُلُثَيْهَا دِينَارَانِ

وثلثان ، والثلث كله ستة وثلثان ، والمال عشرون . فإن كان معهما وصية بسدس المال ، فأصاب الخال ستة ، فهي ثلاثة أخماس وصيته ، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته ، وذلك تسعة أعشار الثلث ، يَبْقَى منه عُشْرٌ ، يَعْدِلُ ما حَصَلَ لِلْعَمِّ ، وهو ستة ، فالثلث سِتُون . وإن أصاب صاحبُ السدس عُشْرَ المال ، فقد أصاب صاحبُ الثلث خُمُسَهُ ، يَبْقَى مِنَ الثَّلْثِ أَيْضًا عُشْرُهُ ، فهو نَصِيبُ الخال ، وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة ، فيكون الثلث سِتِينَ كما ذَكَرْنَا .

فصل : إذا خَلَفَ ثلاثة بَنِينَ ، وَوَصَّى لَعَمَّهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا ثُلْثَ وَصِيَةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الثَّلْثِ فِي مَخْرَجِ الرُّبْعِ تَكُنْ اثْنِي عَشَرَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ ، فهي نَصِيبُ ابْنِ ، انْقُصْهَا سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ ، فهي وصية الخال ، وإن نَقَصْتَهَا ثَلَاثَةً ، فهي ثَمَانِيَةٌ ، فهي وصية العَمِّ . وَبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلْ مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ ، وَمَعَ الْخَالِ ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى الدَّرَاهِمِ دِينَارًا ، وَعَلَى الدَّنَانِيرِ دَرَاهِمًا ، يَبْلُغُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَأَسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ ، يَبْقَى مَعَكَ دِينَارَانِ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، فَاقْلِبْ وَحَوْلْ ، تَصِرِ الدَّرَاهِمُ ثَمَانِيَةً وَالدَّنَانِيرُ تِسْعَةً كَمَا قُلْنَا . وَإِنْ وَصَّى لَعَمَّهُ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا خُمُسَ وَصِيَةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الرُّبْعِ فِي مَخْرَجِ الْخُمُسِ ، تَكُنْ عِشْرِينَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ تِسْعَةً عَشَرَ ، فهي الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ اجْعَلْ مَعَ الْخَالِ أَرْبَعَةً وَانْقُصْهَا سَهْمًا ،

الشرح الكبير

يُنْقَى ثَلَاثَةٌ ، اضْرِبْهَا فِي الْعَشْرَةِ ثُمَّ فِيهَا مَعَ الْعَمِّ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ ، تَكُنْ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، اُقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، تَخْرُجُ سَبْعَةٌ وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ عَمِّهِ ، وَاجْعَلْ مَعَ الْعَمِّ خَمْسَةً وَانْقُصْهَا سَهْمًا وَاضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ثُمَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، وَاقْسِمُهَا تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، [٢١٥/٥] فَهِيَ وَصِيَّةُ خَالِهِ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَنْقُصُ مِنَ الْعَشْرَةِ رُبْعَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي الْعِشْرِينَ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ وَتَنْقُصُ مِنْهَا خُمْسَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي عِشْرِينَ وَتَقْسِمُهَا . وَبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلُ وَصِيَّةَ الْخَالِ شَيْئًا وَوَصِيَّةَ الْعَمِّ عَشْرَةَ إِلَّا رُبْعَ شَيْءٍ ، فَخُذْ خُمْسَهَا فَرِّدْهُ عَلَى الشَّيْءِ ، وَهِيَ سَهْمَانِ إِلَّا نِصْفَ عَشْرِ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ عَشْرَةً ، فَأَسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، تَصِرُ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، إِذَا اسْقَطْتَ رُبْعَهَا مِنَ الْعَشْرَةِ ، بَقِيَتْ سَبْعَةٌ وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْءًا . وَإِنْ وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا نِصْفَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ جَدِّهِ ، وَلِجَدِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَوْصِيَّةُ عَمِّهِ سِتَّةٌ وَخُمْسَانُ ، وَوَصِيَّةُ خَالِهِ سَبْعَةٌ وَخُمْسٌ ، وَوَصِيَّةُ جَدِّهِ ثَمَانِيَةٌ وَخُمْسَانُ . وَبِأُهَا أَنْ تَضْرِبَ الْخَارِجَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، فَتَضْرِبَ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، فَهَذَا هُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ مِنَ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُ وَاحِدًا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثُمَّ اضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، وَاقْسِمُهَا عَلَى خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ يَخْرُجُ بِالْقِسْمِ سِتَّةٌ

الإيضاح

وْخُمْسَانِ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَانْقُصِ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا يَبْقَى اثْنَانِ ، اضْرِبْهَا فِي الْأَرْبَعَةِ تَكُنْ ثَمَانِيَّةً ، زِدْهَا وَاحِدًا وَاضْرِبْهَا فِي اثْنَيْنِ فِي عَشْرَةٍ تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِينَ ، اقْسِمْهَا عَلَى خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَخْرُجُ بِالْقِسْمِ سَبْعَةٌ وَخُمْسٌ ، وَهِيَ وَصِيَّةُ الْخَالَ ، ثُمَّ انْقُصْ مِنَ الْأَرْبَعَةِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فِي اثْنَيْنِ ثُمَّ زِدْهَا وَاحِدًا تَكُنْ سَبْعَةً ، اضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ تَكُنْ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةً مَقْسُومَةً عَلَى خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَخْرُجُ بِالْقِسْمِ ثَمَانِيَّةً وَخُمْسَانِ ، وَهِيَ وَصِيَّةُ الْجَدِّ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالَ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ تَضُمُّ إِلَى مَا مَعَ الْعَمِّ دِينَارًا ، وَإِلَى مَا مَعَ الْخَالَ دِرْهَمًا ، وَتُقَابِلُ مَا مَعَ أَحَدِهِمَا بِمَا مَعَ الْآخَرِ ، وَتُسْقِطُ الْمُشْتَرَكُ فَيَصِيرُ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ تَعْدِلُ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، فَأَسْقِطُ لَفْظَةَ الْأَشْيَاءِ وَاجْعَلُ مَكَانَهَا دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، ثُمَّ قَابِلُ مَا مَعَ الْخَالَ بِمَا مَعَ الْجَدِّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، وَهُوَ دِينَارَانِ وَدِرْهَمٌ مَعَ الْخَالَ ، لِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ وَرُبْعِ دِرْهَمٍ وَرُبْعِ دِينَارٍ مَعَ الْجَدِّ ، فَإِذَا أَسْقَطْتَ الْمُشْتَرَكَ بَقِيَ دِرْهَمَانِ وَرُبْعٌ مُعَادِلَةٌ [٢١٥/٥ ظ] لِدِينَارٍ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ ، فَابْسُطِ الْكُلَّ أَرْبَاعًا يَصِيرُ سَبْعَةُ أَرْبَاعٍ مِنَ الدِّينَارِ تَعْدِلُ تِسْعَةً مِنَ الدَّرَاهِمِ ، فَاقْلِبْ وَاجْعَلِ الدَّرْهَمَ سَبْعَةً وَالدِّينَارَ تِسْعَةً ، ثُمَّ ارْجِعْ إِلَى مَا فَرَضْتَ ، فَتَجِدُ مَعَ الْعَمِّ دِرْهَمًا وَدِينَارًا سِتَّةَ عَشَرَ ، وَمَعَ الْخَالَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَمَعَ الْجَدِّ أَحَدًا وَعِشْرُونَ ، وَالْعَشْرَةُ الْكَامِلَةُ خُمْسٌ وَعِشْرُونَ ، وَالسِتَّةُ عَشَرَ مِنْهَا سِتَّةٌ وَخُمْسَانِ ، وَالثَّمَانِيَةُ عَشَرَ سَبْعَةٌ وَخُمْسٌ ، وَالْأَحَدُ وَعِشْرُونَ ثَمَانِيَّةً وَخُمْسَانِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمُ أَخٌ ، وَوَصِيَّةٌ

الشرح الكبير

الجدُّ عشرةٌ إلَّا رُبْعَ ما مع الآخر ، ووصيةُ الآخر عشرةٌ إلَّا خُمُسَ ما مع العَمِّ ، فهذه الطَّرِيقُ تَجْعَلُ مع العَمِّ خمسةَ أشياء ، ومع الخالِ دينارَين ، ومع الجدِّ ثلاثةَ دراهم ، ومع الآخر أربعةَ أفلسٍ ، ثم تُقَابِلُ ما مع العَمِّ بما مع الخالِ كما ذَكَرْنَا ، وَتَجْعَلُ الأشياءَ دينارًا ودرهمًا ، ثم تُقَابِلُ ما مع الخالِ بما مع الجدِّ ، فَتَجْعَلُ الدِّينَارَينِ دِرْهَمَينِ وفَلْسًا ، ثم تُقَابِلُ ما مع الجدِّ بما مع الآخر ، فَتُخْرِجُ الفَلْسَ سِتَّةَ وعِشْرِينَ ، والدرهمَ أَحَدًا وثلاثين ، والدِّينَارَ أربعةَ وأربعين ، فَتَبَيِّنُ أَنَّ مع العَمِّ خمسةَ وسَبْعِينَ ، ومع الخالِ ثمانيةَ وثمانين ، ومع الجدِّ ثلاثةَ وتسعين ، ومع الآخر مائةَ وأربعةَ ، إِذَا زِدْتَ على ما مع كلِّ واحدٍ ما اسْتَشَيْتَهُ منه صار معه مائةٌ وتسعةَ عَشَرَ ، وهي العَشْرَةُ الكَامِلَةُ ، فصارت وصيةُ العَمِّ سِتَّةَ وستةَ وثلاثينَ جُزْءًا ، ووصيةُ الخالِ سبعةَ وسبعةَ وأربعينَ جُزْءًا ، ووصيةُ الجدِّ سبعةَ وسبعةَ وتسعينَ جُزْءًا ، ووصيةُ الآخر ثمانيةَ وثمانينَ جُزْءًا . وبطريقِ البابِ تَضْرِبُ المَخَارِجَ بعضها في بعض تَكُنْ مائةَ وعِشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا واحِدًا ، يَبْقَى مائةٌ وتسعةَ عَشَرَ ، فهو المَقْسُومُ عليه ، وَتَنْقُصُ الاثْنَيْنِ واحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ في ثلاثةَ ، ثم ^(١) تَزِيدُهَا واحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا في أربعةَ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، تَنْقُصُهَا واحِدًا وَتَضْرِبُهَا في خمسةَ ، تَكُنْ خمسةَ وسَبْعِينَ ، فهذه وصيةُ العَمِّ ، تَضْرِبُهَا في عشرةَ ثم تَقْسِمُهَا على تسعةَ عَشَرَ ، تَكُنْ سِتَّةَ وستةَ وثلاثينَ جُزْءًا ، ثم تَنْقُصُ الثلاثةَ واحِدًا وَتَضْرِبُهَا في أربعةَ وَتَزِيدُهَا واحِدًا وَتَضْرِبُهَا

الإنصاف

في خمسة ، تكن خمسة وأربعين ، تنقصها واحدًا وتضربها في اثنين ، تكن ثمانية وثمانين ، فهذه وصية الخال ، ثم تنقص الأربعة واحدًا وتضربها في خمسة ، تكن خمسة عشر ، تزيدها واحدًا وتضربها في اثنين ، تكن اثنين وثلاثين ، تنقصها واحدًا وتضربها في ثلاثة ، تكن ثلاثة وتسعين ، فهذه وصية الجد ، ثم تنقص الخمسة واحدًا وتضربها في اثنين ، تكن ثمانية ، تزيدها واحدًا وتضربها في ثلاثة ، تكن سبعة وعشرين ، تنقصها واحدًا وتضربها [٢١٦/٥] في أربعة ، تكن مائة وأربعة ، وهي وصية الأخ . وفي كل ذلك تضرب العدَد الذي مع كل واحد منهم في عشرة ، وتقسمه على "مائة وتسعة عشر" ، فالخارج بالقسم هو وصيته .

فصل : فإن وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ، وخاله بعشرة وثلاث وصية عمه ، كانت وصية العم ثمانية عشر ، ووصية الخال ستة عشر ، وبأبها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وتنقصه واحدًا ، فهو المقسوم عليه ، وتزيد مخرج النصف واحدًا وتضربه في مخرج الثلث ، وتضربه في عشرة ، يكن تسعين مقسومة على خمسة ، تكن ثمانية عشر ، ثم تزيد مخرج الثلث واحدًا وتضربه في عشرة ، يكن تسعين مقسومة على خمسة ، تكن ثمانية عشر ، ثم تزيد مخرج الثلث واحدًا وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة ، تكن ثمانين مقسومة على خمسة . فإن كان معهما آخر ، ووصى للخال بعشرة وثلث وصيته ، ووصى له بعشرة ورُبُع وصية

الشرح الكبير

الْعَمَّ ، صَرَبَتْ الْخَارِجَ وَنَقَضَتْهَا وَاحِدًا ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةً ، فزِدْهَا وَاحِدًا وَاضْرِبْهَا فِي اَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ اَرْبَعِينَ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ اَقْسِمُهَا تَخْرُجُ سَبْعَةَ عَشَرَ وَتِسْعَةَ اُجْزَاءٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ثُمَّ تَصْنَعُ فِي الْبَاقِينَ كَمَا ذَكَرْنَا ، فَتَكُونُ وَصِيَّةُ الْخَالِ اَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الثَّالِثِ اَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ اُجْزَاءٍ . وَإِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَا عَمِلْتَ وَصِيَّةَ الْعَمِّ ، فَاضْرِبِ الزَّائِدَ مِنْ وَصِيَّتِهِ فِي اِثْنَيْنِ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، وَاضْرِبِ الزَّائِدَ عَنِ الْعَشْرَةِ مِنْ وَصِيَّةِ الْخَالِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ . وَمَتَى عَرَفْتَ مَا مَعَ الْوَاحِدِ مِنْهُمْ أَمَكَّنَكَ مَعْرِفَةُ مَا مَعَ الْآخَرَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَهَذَا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْفَنِّ يَكْفِي ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ قَلِيلَةٌ ، وَفُرُوعُهُ كَثِيرَةٌ طَوِيلَةٌ ، وَغَيْرُهَا أَهَمُّ مِنْهَا . وَاللَّهُ تَعَالَى الْمَسْئُولُ أَنْ يُوفِّقَنَا لِمَا يُرْضِيهِ ، وَهُوَ حَسْبُنَا وَنِعْمَ الْوَكِيلُ .

الإنصاف

بَابُ الْمُوصَى إِلَيْهِ

تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ إِلَى كُلِّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ عَدْلٍ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَوْ مُرَاهِقًا أَوْ امْرَأَةً أَوْ أُمًّا وَلَدٍ .

بَابُ الْمُوصَى إِلَيْهِ

(تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ إِلَى كُلِّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ عَدْلٍ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَوْ مُرَاهِقًا أَوْ امْرَأَةً أَوْ أُمًّا وَلَدٍ) تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الرَّجُلِ الْعَاقِلِ الْمُسْلِمِ الْحُرِّ الْعَدْلِ إجمالًا . فَأَمَّا الْعَبْدُ فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : سَوَاءٌ كَانَ عَبْدَ نَفْسِهِ أَوْ عَبْدَ غَيْرِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ الثَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدِهِ ، وَلَا تَصِحُّ إِلَى [٢١٦/٥ ظ] عَبْدٍ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي وَرَثَتِهِ رَشِيدٌ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدٍ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ وَلِيًّا عَلَى ابْنِهِ بِالنَّسَبِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلِيَ الْوَصِيَّةَ ،

بَابُ الْمُوصَى إِلَيْهِ

فائدة : الدُّخُولُ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَوَى عَلَيْهَا قُرْبَةً . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) : قِيَاسُ مَذْهَبِهِ أَنْ تَرَكَ الدُّخُولَ أَوَّلَى . [٢٧٧/٢ ظ] أَنْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ ، لِأَسِيْمَا فِي هَذِهِ الْأَزْمِنَةِ .

تنبيه : شَمِلَ قَوْلُهُ : تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ إِلَى كُلِّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ عَدْلٍ . الْعَدْلَ

(١) انظر المغنى : ٥٦٠/٨ .

كالمجنون . ولنا ، أنه تصحُّ استنباطه في الحياة ، فصَحَّ أن يُوصَى إليه ، كالحرِّ . وقياسهم يطُلُّ بالمرأة . والخلاف في المكاتب والمُدَبِّر والمُعْتَق بعضه ، كالخلاف في العبدِ القنِّ . وأما الصَّبِيُّ المُمَيِّزُ ، فقال القاضي : قياسُ المذهبِ صحةُ الوصية ؛ لأنَّ أحمدَ قد نصَّ على صحةِ وكالته . وعلى هذا يُعتَبَرُ أن يكونَ قد جاوزَ العَشْرَ . وقال شيخنا^(١) : لا أعلمُ فيه نصًّا عن أحمدَ ، فيَحْتَمِلُ أنه لا تصحُّ الوصيةُ إليه ؛ لأنه ليس من أهلِ الشَّهادَةِ والإقرارِ ولا يصحُّ تصرُّفه إلَّا بإذنٍ ، وهو مُوَلَّى عليه ، فلم يكن من أهلِ الولاية ، كالطفل . وهذا مذهبُ الشافعي . وهو الصحيحُ إن شاء الله تعالى .

العاجزُ ، إذا كان أَمِينًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قطعَ به أكثرُ الأصحابِ ، وحكاها المصنِّفُ ، والشارحُ إجماعًا ، لكنَّ قِيَدَهُ صاحبُ « الرُّعاية » بطريانِ العجزِ . وقَدَّمَهُ في « الفروع » . وقال في « التَّرجيب » : لا تصحُّ . واختارَ ابنُ عَقِيلٍ إبطاله . وقال في « الكافي » : للحاكم إبطاله .

قوله : وإن كان عبدًا . تصحُّ الوصيةُ إلى العبدِ ، لكن لا يُقْبَلُ إلَّا بإذنِ سيِّده . ذكره القاضي في « التَّعليق » ، ومن بعده . وتصحُّ إلى عبدٍ نَفْسِهِ . قاله ابنُ حامِدٍ . وتابعه في « الكافي » ، و « الرُّعايتين » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وقطعَ به الزَّركَشِيُّ وغيره . قال في « القواعدِ الأصولية » : هذا مذهبنا . قال في « الفروع » : تصحُّ الوصيةُ إلى رَشِيدٍ عَدْلٍ ، ولو رَقِيقًا . قال القاضي : قياسُ المذهبِ يَقْتَضِي ذلك .

(١) في : المغنى ٥٥٣/٨ .

فصل : وتصح الوصية إلى المراق في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن شريح . وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولم يجزه عطاء ؛ لأنها لا تكون قاضية ، فلا تكون وصية ، كالمجنون . ولنا ، ما روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه أوصى إلى حفصة^(١) . ولأنها من أهل الشهادة ، أشبهت الرجل . وتخالف القضاء ؛ فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد ، بخلاف الوصية .

تنبيهان : أحدهما ، يحتمل أن يكون مراد المصنف بالعدل العدل مطلقاً ؛ فيشمل مستور الحال . وهو المذهب . ويحتمل أن يريد العدل ظاهراً وباطناً . وهو قول في « المذهب » . الثاني ، ظاهر كلام المصنف ، عدم صحة وصية المسلم إلى كافر . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . وذكر المجتد في « شرحه » ، أن القاضي ذكر في « تعليقه » ما يدل على أنه اختار صحة الوصية ، نقله الحارثي .

قوله : أو مراحقاً . قطع المصنف هنا بصحة الوصية إلى المراحق . وهو إحدى الروايتين . قال القاضي : قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « شرح ابن متجى » ، و « منتخب الآدمي » . قال في « القواعد الأصولية » : قال هذا كثير من الأصحاب . قال الحارثي : هو قول أكثر الأصحاب . وعنه ، لا تصح إليه حتى يئلغ . وهو المذهب . اختاره المصنف ،

(١) تقدم نخرجه في ٣٩١/١٦ .

وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ إِلَى أُمِّ الْوَلَدِ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ حُرَّةً مِنْ أَصْلِ الْمَالِ عِنْدَ نَفُوذِ الوَصِيَّةِ .

وَالشَّارِحُ ، وَالْمَجْدُ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : مُكَلَّفٌ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » وَغَيْرِهِ . وَأَطْلَقَهُمَا الزَّرْكَشِيُّ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : وَفِي الْوَصِيَّةِ إِلَى الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ وَجْهَانِ .

تبيينه : ظاهراً تقييداً المُصَنِّفِ بِالْمُرَاهِقِ ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَى مُمَيِّزٍ قَبْلَ أَنْ يُرَاهِقَ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » وَغَيْرِهَا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، تَصِحُّ . قَالَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَيَأْتِي ، هَلْ يَصِحُّ أَنْ يُوصَى إِلَيْهِ^(١) عِنْدَ بُلُوغِهِ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ وَهُوَ الْوَصِيُّ الْمُتَنَتِّزُ ؟ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى السَّفِيهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، تَصِحُّ . الثَّانِيَةُ ، لَا نَظَرَ لِحَاكِمٍ مَعَ وَصِيٍّ خَاصٍّ ، إِذَا كَانَ كُفُوًّا فِي ذَلِكَ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ بِإِخْرَاجِ حَجَّةٍ : أَنَّ وِلَايَةَ إِخْرَاجِهَا وَالتَّعْيِينَ لِلنَّاطِرِ الْخَاصِّ إِنْجِمَاعًا ، وَإِنَّمَا لِلْوَلِيِّ الْعَامِّ الْإِغْتِرَاضُ ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ ، أَوْ فِعْلِهِ مُحَرَّمًا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَظَاهِرُهُ لَا نَظَرَ وَلَا ضَمَّ مَعَ وَصِيٍّ مُتَّهَمٍ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ جَمَاعَةٍ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي نَاطِرِ الْوَقْفِ ، فِي كِتَابِ

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا تَصِحُّ إِلَى غَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، تَصِحُّ إِلَى الْفَاسِقِ وَيَضُمُّ الْحَاكِمُ إِلَيْهِ أَمِينًا .

الشرح الكبير

٢٧٦٦ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ إِلَى غَيْرِهِمْ) كالطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ ، وَلَا وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ إِلَى كَافِرٍ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ وَالطِّفْلَ لَيْسَا أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِهِمَا ، فَلَا يَلِيَانِ عَلَى غَيْرِهِمَا ، وَالْكَافِرَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْعَدَالَةِ ، أَشْبَهُ الْمَجْنُونِ . وَأَمَّا الْفَاسِقُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَانَ مُتَّهَمًا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا كَانَ خَائِنًا ضُمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ (وَيَضُمُّ [٢١٧/٥] الْحَاكِمُ إِلَيْهِ أَمِينًا) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ ، وَعَلَى الْحَاكِمِ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ بَالِغٌ عَاقِلٌ ، فَصَحَّتْ

الإنصاف

الْوَقْفِ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ مُتَّهَمًا ، لَمْ تَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ ، وَيُجْعَلُ مَعَهُ آخَرُ . وَنَقَلَ يُونُسُ بْنُ مُوسَى ، أَنَّ كَانَ الْوَصِيَّ مُتَّهَمًا ، ضُمَّ إِلَيْهِ رَجُلٌ يَرْضَاهُ أَهْلُ الْوَقْفِ ، يَعْلَمُ مَا جَرَى ، وَلَا تُنَزَعُ الْوَصِيَّةُ مِنْهُ . ثُمَّ إِنَّ ضَمَّهُ بِأَجْرَةٍ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، تَوَجَّهَ جَوَازُهُ ، وَمِنْ الْوَصِيِّ ، فِيهِ نَظَرٌ ، بِخِلَافِ ضَمِّهِ مَعَ فَاسِقٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَلَا تَصِحُّ إِلَى غَيْرِهِمْ . قَدَّمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا أَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَى فَاسِقٍ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ ، الْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ ؛ مِنْهُمْ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَابْنُ

فَإِنْ كَانُوا عَلَى غَيْرِ هَذِهِ الصِّفَاتِ ، ثُمَّ وَجِدَتْ عِنْدَ الْمَوْتِ ، فَهَلْ تَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

الوصية إليه ، كالعدل . ولنا ، أنه لا يجوز إفراده بالوصية ، فلم تجز الوصية إليه ، كالمجنون . وعلى أى حنيفة ، أنه لا يجوز إفراده على الوصية ، فأشبه ما ذكرنا .

٢٧٦٧ - مسألة : (فإن كانوا على غير هذه الصفات ، ثم وجدت عند الموت ، فهل تصح ؟ على وجهين) يُعتبر وجود هذه الشروط في الوصى حال العقد والموت ، في أحد الوجهين . وفي الآخر ، تُعتبر حالة

الإنصاف

عقيل في « التذكرة » ، وابن البنّا ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس في « تذكرته » . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « الكافي » ، و « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الهداية » ، و « الخلاصة » ، و « النظم » . ونصره المصنف ، والشارح . وعنه ، تصح إلى الفاسق ، ويضم إليه الحاكم أميناً . قاله الخرقى ، وابن أبى موسى . وقدمه في « الفروع » ، و « الفائق » . وهذا من غير الغالب الذى قدمه في « الفروع » . قال القاضى : هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية . وقيل : تصح إلى الفاسق ، إذا طرأ عليه ، ويضم إليه أمين . اختاره جماعة من الأصحاب . وعنه ، تصح إليه من غير ضم أمين . حكاهما أبو الخطاب في « خلافه » . قلت : وهو بعيد جداً . قال في « الخلاصة » : وتشترب في الوصى العدالة . وعنه ، يضم إلى الفاسق أمين . ويأتى ، هل تصح الوصية إلى الكافر ؟ في آخر الباب .

[٢٧٨/٢] قوله : وإن كانوا على غير هذه الصفات ، ثم وجدت عند الموت ، فهل تصح ؟ على وجهين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ،

المَوْتِ حَسْبُ ، كالوصية له ، ولأنَّ شُرُوطَ الشَّهَادَةِ تُعْتَبَرُ عِنْدَ أَدَائِهَا لَا عِنْدَ تَحْمِيلِهَا ، كَذَلِكَ هُنَا . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شُرُوطُ الْعَقْدِ ، فَتُعْتَبَرُ حَالُ وُجُودِهِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لَهُ ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ وَإِنْ كَانَ وَارِثًا ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ عَدَمُ الْإِرْثِ وَخُرُوجُهَا مِنَ الثُّلُثِ لِلتَّفُؤُذِ وَاللُّزُومِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ اللُّزُومِ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا ، فَإِنَّهَا شُرُوطٌ لَصَحَةِ الْعَقْدِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ الْعَقْدِ ، وَلَا يَنْفَعُ وُجُودُهَا بَعْدَهُ .

الشرح الكبير

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْكَافِي » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، و « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » . اَعْلَمْ أَنَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَوْجُهَا ؛ أَحَدُهَا ، يُشْتَرَطُ وُجُودُ هَذِهِ الصِّفَاتِ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ وَالْمَوْتِ ، وَمَا بَيْنَهُمَا . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَقَوْلٌ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَوَجْهٌ لِلْقَاضِي فِي « الْمُبْجَرَدِ » . وَالثَّانِي ، يَكْفِي وُجُودُهَا عِنْدَ الْمَوْتِ فَقَطْ . وَهُوَ أَحَدُ وَجْهَيْ الْمُصَنِّفِ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وَالثَّالِثُ ، يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا عِنْدَ الْمَوْتِ وَالْوَصِيَّةِ فَقَطْ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ عَبْدِوَسَّاسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ، و « الْفُرُوعِ » . وَيَحْتَمِلُهُ الْوَجْهُ الثَّانِي لِلْمُصَنِّفِ . وَالرَّابِعُ ، يَكْفِي وُجُودُهَا عِنْدَ الْوَصِيَّةِ فَقَطْ . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَتَخْرِيجٌ فِي « الْفَائِقِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَمَنْ كَانَ أَهْلًا عِنْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، لَا عِنْدَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَوَجْهَانِ ، وَمَنْ كَانَ أَهْلًا عِنْدَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَزَالَتْ عِنْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ . قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . فَإِنْ كَانَ أَهْلًا عِنْدَ الْوَصِيَّةِ ، ثُمَّ زَالَتْ ، ثُمَّ عَادَتْ عِنْدَ الْمَوْتِ ، صَحَّتْ . وَفِيهَا اِحْتِمَالٌ ، كَمَا لَوْ زَالَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ ثُمَّ عَادَتْ . انْتَهَى .

الإيضاح

وَإِذَا أَوْصَى إِلَى وَاحِدٍ وَبَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : **الْمَقْنَعُ**
قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ .

الشرح الكبير

فصل : وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ إِلَى الْأَعْمَى . وقال أصحابُ الشافعي : فيه
وَجْهٌ ، أَنَّ الوَصِيَّةَ لَا تَصِحُّ إِلَيْهِ . بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ ،
فَلَا يُوجَدُ فِيهِ مَعْنَى الْوِلَايَةِ . وهذا لَا يُسَلِّمُ لَهُمْ ^(١) ، مع أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّوَكُّلَ
فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ وَالْوِلَايَةِ عَلَى أَوْلَادِهِ
الصُّغَارِ ، فَصَحَّتِ الوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْبَصِيرِ .

٢٧٦٨ - مسألة : (وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَبَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا
وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ) وَنَظِيرُ ذَلِكَ مَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ
بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ ، ثُمَّ وَصَّى بِهِ لآخَرَ ، أَوْ وَصَّى بِجَمِيعِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، ثُمَّ
وَصَّى بِهِ لآخَرَ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ ^(٢) . فكَذَلِكَ إِذَا
وَصَّى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ وَصَّى إِلَى آخَرَ ، فَإِنَّهُمَا يَصِيرَانِ وَصِيَّيْنِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى
إِلَيْهِمَا جَمِيعًا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ قَالَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ . بَطَلَتْ
وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِعَزْلِهِ فَانْعَزَلَ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ ثُمَّ عَزَلَهُ .

الإِنصَافُ

قوله : وَإِذَا أَوْصَى إِلَى وَاحِدٍ ، وَبَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ - نصٌّ عليه -
إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ - نصٌّ عليه - وليس لأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ
بِالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . نصٌّ عليه . وذكر الحارثِيُّ مَا يَدُلُّ عَلَى رِوَايَةِ
بِالْجَوَازِ . وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا جَعَلَ النَّظَرَ فِي الْوَقْفِ لِأَتْنَيْنِ ، أَوْ كَانَ لهُمَا بِأَصْلٍ

(١) فِي م : هَلَهُ .

(٢) انظر ما تقدم في صفحة ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ .

٢٧٦٩ - مسألة : (وليس لأحدهما الانفرد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه) وجملة ذلك ، أنه يجوز أن يوصى إلى رجلين معاً في شيء واحد ، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فيقول : أوصيتُ إلى كل واحد منكما وجعلتُ له أن يتصرف بالتصرف . فإن هذا يقتضي تصرف كل واحد منهما على الانفرد . وله أن يوصى إليهما ليتصرفا مجتمعين ، فلا يجوز لأحدهما الانفرد بالتصرف ؛ [٢١٧/٥ ط] لأنه لم يجعل ذلك إليه ، ولم يرخص بنظره وحده . ولا نعلم خلافاً في هاتين الصورتين . فإن أطلق ، فقال : أوصيتُ إليكما في كذا . فليس لأحدهما الانفرد بالتصرف . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو يوسف : له ذلك ؛ لأن الوصية والولاية لا تتبعُ ، فملك كل واحد منهما الانفرد بها ، كالأخوين في تزويج

الاستحقاق ، في كتاب الوقف ، بعد قوله : ويرجع إلى شرط الواقف . وهذا يشبه ذلك .

(١) فائدة : لو وصى إلى اثنين في التصرف ، وأريد اجتماعهما على ذلك ، قال الحارثي : من الفقهاء من قال : ليس المراد من الاجتماع تلفظهما بصيغ العقود ، بل المراد صدوره عن رأيهما ، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما ، أو الغير بإذنها . ولم يخالف الحارثي هذا القائل . قلت : وهو الظاهر ، وأنه يكفي إذن أحدهما الوكيل في صدور العقد مع حضور الآخر ، ورضاه بذلك . ولا يشترط توكيل الاثنين ، كما هو ظاهر كلامه الأول^(١) .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

أُخْتِهِمَا . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُسْتَحْسَنُ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ . فَيُبَيِّحُ أَنْ يَنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبْعَةِ أَشْيَاءَ ؛ كَفَنْ الْمَيِّتِ ، وَقَضَاءِ دَيْنِهِ ، وَإِنْفَازِ وَصِيَّتِهِ ، وَرَدِّ الْوَدِيعَةِ بَعَيْنِهَا ، وَشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ مِنَ الْكُسُوفَةِ وَالطَّعَامِ ، وَقَبُولِ الْهَبَةِ لَهُ ، وَالْخُصُومَةِ عَنِ الْمَيِّتِ فِيمَا يُدْعَى لَهُ وَعَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ يَشْتَقُّ الْأَجْتِمَاعُ عَلَيْهَا وَيَضُرُّ تَأْخِيرُهَا ، فَجَازَ الْإِنْفِرَادُ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَكٌ بَيْنَهُمَا فِي النَّظَرِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ ، كَالْوَكِيلَيْنِ . وَمَا قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ نَقُولُ بِهِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِمَا بِاجْتِمَاعِهِمَا ، فَلَيْسَتْ مُتَبَعَّةً ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ أَوْ صَرَّحَ لِلْوَصِيِّينَ بِأَنْ لَا يَتَصَرَّفَا إِلَّا مُجْتَمِعَيْنِ . وَيَبْطُلُ مَا قَالَهُ بَهَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ ، وَبِهِمَا يَبْطُلُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ أَيْضًا . وَمَتَى تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا مُقَامَ الْغَائِبِ .

فصل : إِذَا قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَى زَيْدٍ ، فَإِنْ مَاتَ فَقَدْ أَوْصَيْتُ إِلَى عَمْرٍو . صَحَّ ذَلِكَ ، رَوَايَةً وَاحِدَةً ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَصِيًّا إِلَّا (١) أَنْ عَمْرًا وَصَّى بَعْدَ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي جَيْشِ مُوتَةَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » (٢) . وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَى التَّأْمِيرِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنِي كَانَ وَصِيًّا . صَحَّ ؛ لِذَلِكَ ، وَإِذَا كَبِرَ ابْنُهُ صَارَ وَصِيًّا . وَمِثْلُهُ لَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِذَا تَابَ ابْنِي عَنْ فِسْقِهِ . أَوْ : قَدِمَ مِنْ غَيْبَتِهِ . أَوْ :

(١) فِي م : إِلَى .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٤٣٩/١٣ .

المنع **فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا .**

الشرح الكبير صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ . أَوْ : اسْتَعْلَ بِالْعِلْمِ . أَوْ : صَالَحَ اللَّهُ . أَوْ : رَشَدَ . فَهُوَ وَصِيٌّ . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَصِيرُ وَصِيًّا عِنْدَ وُجُودِ هَذِهِ الشُّرُوطِ .

٢٧٧ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَجُوزُ إِلَى اثْنَيْنِ ، وَأَنَّهُ مَتَى أَوْصَى إِلَيْهِمَا مُطْلَقًا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ . فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ وُجِدَ مِنْهُ مَا يُوجِبُ عَزْلَهُ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ لَمْ يَرْضَ بِنَظَرِ هَذَا الْبَاقِي وَحْدَهُ . وَإِنْ أَرَادَ الْحَاكِمُ أَنْ يَكْتَفِيَ بِالْبَاقِي مِنْهُمَا لَمْ يَجْزُ لَهُ ذَلِكَ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهًا [٢١٨/٥] فِي جَوَازِهِ ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ لَوْ كَانَ لِلْحَاكِمِ بِمَوْتِ الْمُوصِي مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ ، كَانَ لَهُ رَدُّهُ إِلَى وَاحِدٍ ، كَذَلِكَ هُنَا ، فَيَكُونُ نَاطِرًا بِالْوَصِيَّةِ مِنَ الْمُوصِي ، وَالْأَمَانَةِ مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ .

الإنصاف قوله : فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا . وَكَذَا لَوْ وُجِدَ مَا يُوجِبُ عَزْلَهُ ، بِلَا إِزَاعٍ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : أَوْ غَابَ . لَكِنْ لَوْ مَاتَا ، أَوْ وُجِدَ مِنْهُمَا مَا يُوجِبُ عَزْلَهُمَا ، فَفِي الْإِكْتِفَاءِ بِوَاحِدٍ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَوْ مَاتَا ، جَازَ إِقَامَةُ وَاحِدٍ ، فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ وُجِدَ مِنْهُمَا مَا يُوجِبُ عَزْلَهُمَا ، جَازَ أَنْ يُقِيمَ الْحَاكِمُ بَذَلَهُمَا وَاحِدًا ، فِي الْأَصَحِّ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » : وَإِنْ مَاتَا ، جَازَ أَنْ يُقِيمَ الْحَاكِمُ وَاحِدًا ، فِي الْأَصَحِّ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » : فَإِنْ تَغَيَّرَ حَالُهُمَا ، فَلَهُ نَضْبُ وَاحِدٍ . وَقِيلَ : لَا يَنْصَبُ إِلَّا اثْنَيْنِ .

الشرح الكبير

ولنا ، أن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده ، فوجب ضم غيره إليه ؛ لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده . فإن تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره ، فللحاكم أن ينصب مكانهما . وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنه لما عديم الوصيان ، صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة من لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد ، كذا ههنا . ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً ؛ لأن الموصي يبين أنه لا يرضى بهذا وحده ، بخلاف ما إذا ماتا معاً . والثاني ، لا يجوز ؛ لأن الموصي لم يرض بواحد ، فلم يكتف به ، كما لو كان أحدهما حياً . فأمّا إن جعل لكل واحدٍ منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية ، لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً ؛ لأن الباقي منهما له النظر بالوصية ، فلا حاجة إلى غيره . وإن ماتا معاً أو خرجا عن الوصية ، فللحاكم أن يقيم واحداً . فإن تغيرت حال أحد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية ، كالعجز عنها

الإنصاف

تنبيه : هذه الأحكام المتقدمة ؛ إذا لم يجعل لكل واحدٍ منهما التصرف منفرداً ، فأمّا إن جعل لكل واحدٍ منهما التصرف منفرداً ، كما صرح به المصنف ، فمات أحدهما ، أو خرج من أهلية الوصية ، لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، إلا أن يعجز عن التصرف وحده . وإن ماتا معاً ، أو خرجا من الوصية ، فللحاكم أن يقيم واحداً . ولو حدث عجز ؛ لضعف ، أو علة ، أو كثرة عمل ، ونحوه ، ولم يكن لكل واحدٍ منهما التصرف منفرداً ، ضم أمين . جزم به في « المغنى » ، و « الشرح » . قال ابن رزير : ضم إليه أمين ، ولم ينزل ، إجماعاً . وقيل : له ذلك . وأطلقهما في « الفروع » .

المقنع وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَقَ . وَعَنْهُ ، يُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ .

الشرح الكبير

لِضَعْفٍ أَوْ عِلَّةٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ كَانَا مِمَّنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(١) التَّصَرُّفُ مُنْفَرِدًا ، فَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يُضْمَّ إِلَيْهِمَا أَمِينًا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ مِنْهُمَا يَكْفِي ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي مِنْهُمَا يَعْجِزُ عَنِ التَّصَرُّفِ وَحْدَهُ ؛ لِكثْرَةِ الْعَمَلِ وَنَحْوِهِ ، فَلَهُ أَنْ يُقِيمَ أَمِينًا . وَإِنْ كَانَا مِمَّنْ لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا التَّصَرُّفُ مُنْفَرِدًا ، فَعَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يُقِيمَ مُقَامَ مَنْ ضَعْفَ مِنْهُمَا أَمِينًا يَتَّصَرَّفُ مَعَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَيَصِيرُونَ ثَلَاثَةً ؛ الْوَصِيَّانِ وَالْأَمِينُ .

٢٧٧١ - مسألة : (وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَقَ . وَعَنْهُ ، يُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ)
قَدْ ذَكَرْنَا الْأَخْتِلَافَ فِي صَحَةِ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْفَاسِقِ ، وَأَنَّ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ
يَدُلُّ عَلَى صَحَةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، وَيُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ عَدْلًا
فَفَسَقَ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ
مُتَّهَمًا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ وَصَّى إِلَى رَجُلَيْنِ
لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِمَوْضِعِ الْوَصِيَّةِ ، فَقَالَ لِلْآخِرِ : أُعْطِنِي . لَا يُعْطِيهِ شَيْئًا ،
لَيْسَ هَذَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ الْمَرِيضُ قَدْ رَضِيَ بِهِ ؟ فَقَالَ :
وَإِنْ رَضِيَ بِهِ . فَظَاهِرُ هَذَا إِبْطَالُ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ . وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ

الإنصاف

قوله : وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَقَ . يَعْنِي ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا ، وَيَنْعَزِلُ . فَشَمِلَ
كَلَامُ الْمُصَنِّفِ صَوْرَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنْ يَكُونَ وَصِيًّا مُنْفَرِدًا . الثَّانِيَّةُ ، أَنْ يَكُونَ
مُضَافًا إِلَى وَصِيٍّ آخَرَ . وَاعْلَمْ أَنَّ هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ مِنْ أَنَّ

(١) فِي م : مِنْهَا .

الخَرْقِيُّ وكَلَامَ أَحْمَدَ عَلَى إِثْقَائِهِ فِي الْوَصِيَّةِ عَلَى أَنَّ خِيَانَتَهُ^(١) طَرَأَتْ [٢١٨/٥ ظ] بَعْدَ الْمَوْتِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ خِيَانَتُهُ^(١) مَوْجُودَةً حَالَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَوَلِّيَةُ الْخَائِنِ عَلَى يَتِيمٍ فِي حَيَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَلايَةً وَأَمَانَةً ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِمَا . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ فَاسِقًا فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظَرُ فِي مَالِهِ الْحَاكِمُ . وَإِنْ طَرَأَ فِسْقُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ زَالَتْ وَلايَتُهُ ، وَأَقَامَ الْحَاكِمُ مُقَامَهُ أَمِينًا . هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَرْقِيِّ ، لَا تَزُولُ وَلايَتُهُ ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْظَرُ مَعَهُ . رُويَ ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ؛ لِأَنَّهُ أُمْكِنَ حِفْظُ الْمَالِ بِالْأَمِينِ ، وَتَحْصِيلُ نَظَرِ الْمُوصِي بِإِثْقَائِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، فَيَكُونُ جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِّينِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُ الْمَالِ بِالْأَمِينِ ، تَعَيَّنَ إِزَالَةُ يَدِ الْفَاسِقِ الْخَائِنِ وَقَطْعُ تَصَرُّفِهِ ؛ لِأَنَّ حِفْظَ الْمَالِ عَلَى الْيَتِيمِ أَوْلَى مِنْ رِعَايَةِ قَوْلِ الْمُوصِي الْفَاسِدِ . وَأَمَّا التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْفِسْقِ الطَّارِئِ وَالْمُقَارِنِ فَبَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ الشَّرْطَ تُعْتَبَرُ فِي

الْفَاسِقِ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَنْعَزِلُ إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْفِسْقُ ، كَمَا تَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَقِيلَ : يُضَمُّ إِلَيْهِ هُنَا أَمِينٌ ، وَإِنْ أَبْطَلْنَا الْوَصِيَّةَ إِلَى الْفَاسِقِ لَطَرِيَانِهِ . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، كَمَا تَقَدَّمَ .

فَوَائِدُ ؛ لَوْ وَصَّى إِلَيْهِ ، قَبْلَ أَنْ يُلْغَ ؛ لَيَكُونَ وَصِيًّا بَعْدَ بُلُوغِهِ ، أَوْ حَتَّى يَحْضَرَ فَلَانٌ ، أَوْ إِنْ مَاتَ فَلَانٌ ، فَلَانٌ وَصِيٌّ ، صَحَّ ، وَيَصِيرُ الثَّانِي وَصِيًّا عِنْدَ الشَّرْطِ .

(١) فِي النسخ : « جَنَابَتُهُ » وَالتَّحْتِ كَمَا فِي الْمَغْنَى ٥٥٥/٨ .

الدَّوامِ كاعتبارها في الابتداء ، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدَّوامِ ، وإذا لم يكن بُدٌّ من التفريق ، فاعتبار العدالة في الدَّوامِ أولى ، من قبل أن الفسق إذا كان موجودًا حال الوصية ، فقد رضى به الموصي مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضيًا بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانتة في ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض به على تلك الحال ، والاعتبار برضائه ، ألا ترى أنه إذا وصى إلى واحد ، جاز له التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين ، لم يَجُزْ للواحد التصرف .

فصل : إذا تغيرت حال الموصى إليه بموت أو فسق أو جنون أو سفه ، فقد ذكرنا حكمه . فإن تغيرت حاله قبل الموت وبعد الوصية ، ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصية ، صححت الوصية إليه ؛ لأن الشروط موجودة حال العقد والموت ، فصحت الوصية ، كما لو لم تتغير حاله . ويحتمل أن تبطل ؛ لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد ، فاعتبرت الشروط فيها . فأما إن زالت بعد الموت فأنعزل ، ثم عاد فكمّل الشروط ، لم تعد وصيته ؛ لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

ذكره الأصحاب ، ويسمى الوصي المنتظر . قال في « المستوعب » : لو أوصى إلى المرشد من أولاده عند بلوغه ، فإن الوصية تصح ، ويسمى الوصي المنتظر . انتهى . وكذا لو قال : أوصيت إليه سنة ، ثم إلى فلان ؛ للخبر الصحيح : « أميركم زيد ، فإن قتل ، فجعفر ، فإن قتل ، فعبد الله بن رواحة » . والوصية كالتأخير . قال في « الفروع » : ويتوجه ، لا . يعني ، ليست الوصية

فصل : فأما العَدْلُ الذي يَعْجِزُ عن النَّظَرِ لِعِلَّةٍ أو ضَعْفٍ ، فإن الوصية تَصِحُّ إليه ، وَيَضُمُّ الحَاكِمُ إليه أَمِينًا ، [٢١٩/٥] ولا يُزِيلُ يَدَهُ عن المَالِ ولا نَظَرَهُ ؛ لأنَّ الضَّعِيفَ أَهْلٌ لِلوَلَايَةِ والأَمَانَةِ ، فَصَحَّتِ الوصِيَّةُ إليه . وهكذا إن كان قَوِيًّا فَحَدَّثَ فِيهِ ضَعْفٌ أو عِلَّةٌ ، ضَمَّ الحَاكِمُ إليه يَدًا أُخْرَى ، وَيَكُونُ الأوَّلُ الوَصِيُّ دُونَ الثَّانِي ، وهذا مُعَاوَنٌ ؛ لأنَّ وَلَايَةَ الحَاكِمِ إِنَّمَا تَكُونُ عِنْدَ عَدَمِ المَوْصَى إليه . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وأبى يُوسُفَ . وما نَعَلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

كالتَّامِيرِ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ اسْتِنَابَةً بَعْدَ المَوْتِ ، فَهِيَ كَالوَكَالَةِ فِي الحَيَاةِ ، وَلِهَذَا ، هَلْ لِلوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ وَيُعْزِلَ مَنْ وَصَّى إِلَيْهِ ؟ وَلَا تَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ ، وَلِلوَصِيِّ عَزْلُهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ ، كَالوَكِيلِ ؛ فَلِهَذَا لَا يُعَارِضُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، إِذَا قَالَ الْخَلِيفَةُ : الْإِمَامُ بَعْدِي فُلَانٌ ، فَإِنْ مَاتَ ، ففُلَانٌ فِي حَيَاتِي . أَوْ : إِذَا تَغَيَّرَ حَالُهُ ، فَالْخَلِيفَةُ فُلَانٌ . صَحَّ . وَكَذَا فِي الثَّلَاثِ والرَّابِعِ . وَإِنْ قَالَ : فُلَانٌ وَلِيُّ عَهْدِي ، فَإِنْ وَلِيَ ثُمَّ مَاتَ ، ففُلَانٌ بَعْدَهُ . لَمْ يَصِحَّ لِلثَّانِي . وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّهُ إِذَا وَلِيَ ، وَصَارَ إِمَامًا ، حَصَلَ التَّصَرُّفُ ، وَبَقِيَ النَّظَرُ وَالْإِخْتِيَارُ [٢٧٨/٢] إِلَيْهِ ، فَكَانَ الْعَهْدُ إِلَيْهِ فِي مَنْ يَرَاهُ . وَفِي التِّي قَبْلَهَا ، جَعَلَ الْعَهْدَ إِلَى غَيْرِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ تَغْيِيرُ صِفَاتِهِ فِي الْحَالَةِ الَّتِي لَمْ يَثْبُتْ لِلْمَعْهُودِ إِلَيْهِ إِمَامَةٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ هَذَا ، أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ وَلِيُّ الْأَمْرِ وَلَايَةَ حُكْمٍ أَوْ وَظِيفَةً بِشَرْطِ شُغُورِهَا ، أَوْ بِشَرْطِ فَوْجِدِ الشَّرْطِ بَعْدَ مَوْتِ وَلِيِّ الْأَمْرِ وَالْقِيَامِ مَقَامَهُ ، أَنَّ وَلَايَتَهُ تَبْطُلُ ، وَأَنَّ النَّظَرَ وَالْإِخْتِيَارَ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . يُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْأَصْحَابَ اعْتَبَرُوا وَلَايَةَ الْحُكْمِ بِالوَكَالَةِ فِي مَسَائِلَ ، وَأَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ عِتْقًا أَوْ غَيْرَهُ بِشَرْطِ ، بَطَلَ بِمَوْتِهِ . قَالُوا : لَزَوَالِ مِلْكِهِ ،

المقنع وَيَصِحُّ قَبُولُهُ لِلْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَ مَوْتِهِ . وَلَهُ عَزْلُ
نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ . وَعَنْهُ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٧٢ - مسألة : (وَيَصِحُّ قَبُولُهُ لِلْوَصِيَّةِ) وَرَدُّهُ (فِي حَيَاةِ
الْمُوصِي) لِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَصَحَّ قَبُولُهُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، كَالْتَوْكِيلِ ،
بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ لَهُ ، فَإِنَّهَا تَمْلِكُ فِي وَقْتٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْقَبُولُ قَبْلَ الْوَقْتِ .
وَيَجُوزُ تَأْخِيرُ الْقَبُولِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهَا نَوْعٌ وَصِيَّةٍ ، فَصَحَّ قَبُولُهَا
بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ ، وَمَتَى قَبِلَ^(١) صَارَ وَصِيًّا .

٢٧٧٣ - مسألة : (وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ) مَعَ الْقُدْرَةِ وَالْعَجْزِ ،
فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَ مَوْتِهِ ، فِي حُضُورِهِ وَغَيْبَتِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلَا يَجُوزُ فِي حَيَاتِهِ إِلَّا

الإنصاف

فَتَبْطُلُ تَصَرُّفَاتُهُ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ : وَلِأَنَّ إِطْلَاقَ الشَّرْطِ يَفْتَضِي الْحَيَاةَ .
انْتَهَى كَلَامُ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، صِحَّةُ وَلَايَةِ الْحُكْمِ
وَالْوِظَائِفِ بِشَرْطِ شُغُورِهَا ، أَوْ بِشَرْطِ إِذَا وَجَدَ ذَلِكَ قَبْلَ مَوْتِ وَلِيِّ الْأَمْرِ . وَهُوَ
ظَاهِرُ كَلَامِهِ .

قوله : وَيَصِحُّ قَبُولُهُ لِلْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَ مَوْتِهِ . بِلَا نِزَاعٍ . وَتَقَدَّمَ
صِفَةُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ .

قوله : وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ .
قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّيِّئَةِ » : أَطْلَقَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ لَهُ الرَّدَّ بَعْدَ الْقَبُولِ ، فِي
حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ،

(١) فِي م : « قَتَلَ » .

وَلِلْمُوصِي عَزْلُهُ مَتَى شَاءَ . وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير

بَحْضَرَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهَ بِالِتِّزَامِ وَصِيَّتِهِ ، وَمَنَعَهُ بِذَلِكَ الْإِيصَاءَ إِلَى غَيْرِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْإِذْنِ ، فَكَانَ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ ، كَالْوَكِيلِ .

٢٧٧٤ - مسألة : (وَلِلْمُوصِي عَزْلُهُ مَتَى شَاءَ) لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِإِذْنِهِ ، فَكَانَ لَهُ عَزْلُهُ ، كَالْمُوكَّلِ لَهُ عَزْلُ وَكِيلِهِ مَتَى شَاءَ .

٢٧٧٥ - مسألة : (وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا وَصَّى إِلَى رَجُلٍ ، وَأُذِنَ لَهُ

الإنصاف

و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَنَصَرَهُ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ إِنْ وَجَدَ حَاكِمًا ، وَإِلَّا فَلَا . وَنَقَلَهُ الْأَثَرُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ بِحَالٍ وَلَا قَبْلَهُ ، إِذَا لَمْ يُعْلَمْ بِذَلِكَ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً ، لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ بِحَالٍ ، إِذَا قَبِلَهَا . وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَمَلَهَا عَلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ . وَحَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » صَرِيحًا فِي الْحَالَيْنِ .

قوله : وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَبْدِوَسَّاسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . قَالَ الشَّارِحُ : وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ »

في الإيصاء لَمَنْ شاء ، نحو أن يقول : أذِنْتُ لَكَ^(١) أن تُوصِيَ إلى مَنْ شِئْتَ . أو : كُلُّ مَنْ أَوْصَيْتَ إِلَيْهِ فَقَدْ أَوْصَيْتَ إِلَيْهِ . أو : فَهُوَ وَصِيٌّ . صَحَّ . وبه قال أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ ؛ لِأَنَّهُ يَلِي بِتَوَلَّيْهِ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُوصِيَ ، كَالْوَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَا ذُوْنُ لَهُ فِي الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ ، فَجَازَ لَهُ أَنْ يَأْذُنَ لغيرِهِ ، كَالْوَكِيلِ إِذَا أُمِرَ بِالتَّوَكُّلِ ، فَالْوَكِيلُ حُجَّةٌ عَلَيْهِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ وَصَّى إِلَيْهِ وَأُطْلِقَ ، فَلَمْ يَأْذُنْ لَهُ وَلَمْ يَنْهَ عَنْهُ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ أَنْ يُوصِيَ إِلَى غَيْرِهِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ أَقَامَهُ مُقَامَ نَفْسِهِ ، فَكَانَ لَهُ الْوَصِيَّةُ كَالْأَبِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ ذَلِكَ فِي الْوَكِيلِ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِتَوَلِّيَةٍ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ التَّفْوِيضُ كَالْوَكِيلِ . وَيُخَالِفُ الْأَبَ ؛ [٢١٩/٥ ط] لِأَنَّهُ يَلِي بِغَيْرِ تَوَلِّيَةٍ .

الشرح الكبير

وغيره . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَشْهُرُ الرَّوَايَتَيْنِ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ أَصَحُّ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : أَشْهُرُهُمَا عَدَمُ الْجَوَازِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : لَوْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْقَاضِيَ يُسْنَدُ إِلَى مَنْ لَيْسَ أَهْلًا ، أَوْ أَنَّهُ ظَالِمٌ ، اتَّجَهَ جَوَازُ الْإِيصَاءِ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، بَلْ يَجِبُ ؛ لَمَا فِيهِ مِنْ حِفْظِ الْأَمَانَةِ ، وَصَوْنِ الْمَالِ عَنِ التَّلَفِ وَالضَّيَاعِ . انْتَهَى .

الإنصاف

(١) بعده في م : « إلى » .

(٢) في م : « التوكيل » .

الشرح الكبير

فصل : ويجوز أن يجعل الوصى جُعلاً ؛ لأنها بمنزلة الوكالة ، والوكالة تجوز بجعل ، فكذلك الوصية . ونقل إسحاق بن إبراهيم في الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهم مسمأة ، فلا بأس . ومقاسمة الوصى الموصى له جائزة على الورثة ؛ لأنه نائب عنهم ، ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز ؛ لأنه ليس نائباً عنه .

وعنه ، له ذلك . وقدّمه ابن رزين في « شرحه » . ويكون الثاني وصياً لهما . قاله جماعة ، منهم صاحب « المستوعب » . قال الحارثي : وهو مُشكّل . وقال القاضي : يكون الثاني وصياً عن الأول ؛ فلو طرأ للأول ما يخرجه عن الأهلية ، انغزل الثاني ؛ لأنه فرعه . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الكافي » ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « القواعد » ، في « القاعدة التاسعة والسّتين » . قال في « الرعاية الكبرى » : فإن أطلق ، فروايتان . وقيل : فيما يتولاه مثله . وقال في « الرعاية الصغرى » : وإن أطلق ، فروايتان فيما يتولاه مثله . فاختلف نقله في محلّ الروايتين . ويأتي في أركان النكاح ، هل للوصى في النكاح أن يوصى به ؟

فائدة : إن نهاه الموصى عن الإيضاء ، لم يكن له أن يوصى ، وله أن يوصى إلى غيره بإذنه فيما وصّاه به . على الصحيح من المذهب . وقيل : ليس له ذلك . وقيل : إن أذن له في الوصية إلى شخص معيّن ، جاز ، وإلا فلا . وأمّا جواز توكيل الوصى ، فقد تقدّم في كلام المصنّف ، في باب الوكالة .

المقنع وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ يَمْلِكُ الْمُوصِي فِعْلُهُ؛ كَقَضَاءِ الدِّينِ، وَتَفْرِيقِ الْوَصِيَّةِ، وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ .

الشرح الكبير

فصل : إذا اختلف الوصيان : عند من يجعل المال منهما ؟ لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ؛ لأنَّ الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه . وقال مالك : يجعل عند أحدهما . وقال أصحاب الرأي : يقسم بينهما . وهو المنصوص عن الشافعي ، إلا أنَّ أصحابه اختلفوا في مُرادِه بكلامِه ، فقال بعضهم : إنما أراد إذا كان كلُّ واحدٍ موصى إليه مُنفرداً . وقال بعضهم : بل هو عامٌّ فيهما . ولنا ، أنَّ حفظ المال من جملة الموصى به ، فلم يجز لأحدهما الانفراد به ، كالتصرف ، ولأنَّه لو جاز لكل واحدٍ منهما أن ينفرد بحفظ بعضه ، لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه .

٢٧٧٦ - مسألة : (ولا تصحُّ الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله ؛ كقضاء الدين ، وتفريق الوصية ، والنظر في أمر الأطفال) لأنَّ الوصي يتصرف بالإذن ، فلم يجز إلا في معلوم يملك الموصي فعله ،

الإيضاح

تنبيه : شمل قوله : ولا تصحُّ الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله . الإيصاء بتزويج موليته ، ولو كانت صغيرة . وهو صحيح ، وله إجبارها ، كالأب على الصحيح من المذهب . وذلك على ما يأتي في كلام المصنف ، في باب أركان النكاح ، والخلاف فيه . قال المجذ في « شرحه » ، بعد ذكر الخلاف في الوصية بالنكاح : وعلى هذا ، تصحُّ الوصية بالخلافة من الإمام . وبه قال الإمام الشافعي ، رحمه الله . قلت : وقطع به الحارثي وغيره .

الشرح الكبير

كألو كَالَةً ، فَيَجُوزُ أَنْ يُوصَى إِلَيْهِ بِقَضَاءِ دُيُونِهِ وَاقْتِضَائِهَا ، وَرَدَّ الْوَدَائِعِ وَاسْتِرْدَادِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ذَلِكَ ، فَمَلَكَهُ وَصِيُّهُ . فَأَمَّا النَّظَرُ لَوَرِثَتِهِ فِي أَمْوَالِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ ذَا وِلَايَةٍ عَلَيْهِمْ ، كَأَوْلَادِهِ الصَّغَارِ وَالْمَجَانِينِ ، وَمَنْ لَمْ يُؤَنَّسْ رُشْدُهُ ، فَلَهُ أَنْ يُوصَى إِلَى مَنْ يَنْظُرُ لَهُمْ فِي أَمْوَالِهِمْ بِحِفْظِهَا ، وَيَتَصَرَّفُ لَهُمْ فِيهَا بِمَا لَهُمُ الْحَظُّ فِيهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ ، كَالْعُقْلَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَغَيْرِ أَوْلَادِهِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ وَسَائِرِ مَنْ عَدَا الْأَوْلَادِ ، فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْمُوصَى عَلَيْهِمْ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ لِنَائِبِهِ بَعْدَ الْمَمَاتِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلَّهُ خِلَافًا . وَبِهِ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ قَالَا : لِلْجَدِّ وِلَايَةٌ عَلَى ابْنِ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَ ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَادَةً وَتَعْصِيًا ، فَأَشْبَهَ الْأَبَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْأُمِّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهَا وِلَايَةٌ ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ يُذَلِّي بِوِاسِطَةِ ، أَشْبَهَ الْأَخَ وَالْعَمَّ ، بِخِلَافِ [٢٢٠/٥] الْأَبِ ، فَإِنَّهُ يُذَلِّي بِنَفْسِهِ ، وَيَحْجُبُ الْجَدَّ ، وَيُخَالِفُهُ فِي مَنْزِلَتِهِ وَحُجْبِهِ ، فَلَا يَصِحُّ إلْحَاقُهُ بِهِ وَلَا قِيَاسُهُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا تَلِي ؛ لِأَنَّهَا قَاصِرَةٌ لَا تَلِي النِّكَاحَ بِحَالٍ ، وَلَا تَلِي مَالَ غَيْرِهَا ، كَالْعَبْدِ .

الإنصاف

تَنْبِيْهُ آخَرُ : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : وَالنَّظَرُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ . أَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَجْعَلَ وَصِيًّا عَلَى الْبَالِغِ الرَّشِيدِ مِنْ أَوْلَادِهِ^(١) وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْوَرَاثِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَكَذَا لَا يَصِحُّ الْإِصَاءُ إِلَيْهِ بِاسْتِيفَاءِ دَيْنِهِ مَعَ بُلُوغِ الْوَارِثِ وَرُشْدِهِ ، وَلَوْ مَعَ غَيْبَتِهِ . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ : يَمْلِكُ الْمُوصَى فِعْلَهُ . أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِصَاءُ بِمَا لَا يَمْلِكُ فِعْلَهُ . وَهُوَ صَحِيحٌ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَوْلَادِهِمْ » .

وَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي شَيْءٍ لَمْ يَصِرْ وَصِيًّا فِي غَيْرِهِ .

٢٧٧٧ - مسألة : (وإذا أوصى إليه في شيء لم يصِرْ وصيًا في غيره) يجوزُ أن يُوصى إلى رجلٍ بشيءٍ دونَ شيءٍ ، مثلُ أن يُوصى إليه بتفريقِ ثلثه دونَ غيره ، أو بقضاءِ ديونه ، أو بالنظرِ في أمرِ أطفاله حسبُ ، فلا يكونُ له غيرُ ما جعلَ إليه . ويجوزُ أن يُوصى إلى إنسانٍ بتفريقِ وصيته ، وإلى آخرٍ بقضاءِ ديونه ، وإلى آخرٍ بالنظرِ في أمرِ أطفاله ، فيكونُ لكلِّ واحدٍ ما جعلَ إليه دونَ غيره . ومتى أوصى إليه بشيءٍ ، لم يصِرْ وصيًا في غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكونُ وصيًا في كلِّ ما يملكه الموصى ؛ لأنَّ هذه ولايةٌ تنتقلُ من الأبِ بموته ، فلا تتبعُ ، كولايةِ الجدِّ . ولنا ، أنه استفادَ التصرفَ بالإذنِ من جهةِ الآدميِّ ، فكان مقصورًا على ما أذنَ فيه ، كالوكيلِ ، وولايةُ الجدِّ ممنوعةٌ ، ثم تلك ولايةٌ استفادها بقرائته ، وهي لا تتبعُ ، والإذنُ يتبعُ ، فافترقا .

فصل : ولا بأس بالدخولِ في الوصيةِ ، فإنَّ الصحابةَ رضي الله عنهم ، كان بعضهم يُوصى إلى بعضٍ فيقبلون الوصيةَ ، فروى عن أبي عبيدة أنه لما عبرَ الفراتَ أوصى إلى عمرَ . وأوصى إلى الزبيرِ ستةٌ من أصحابِ النبي ﷺ ؛ عثمانُ ، وابنُ مسعودٍ ، والمقدادُ ، وعبدُ الرحمنِ بنُ عوفٍ ،

الإنصافُ فلا تصحُّ وصيةُ المرأةِ بالنظرِ في حقِّ أولادِها الأصاغرِ ، ونحو ذلك . قاله في «الوجيزِ» وغيره .

وَمُطِيعُ بْنُ الْأَسْوَدِ ، وَآخَرُ^(١) . وَرُويَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَانَ وَصِيًّا لِرَجُلٍ . وَفِي وَصِيَّةِ ابْنِ مَسْعُودٍ : إِنْ حَدَّثَ بِي حَدِيثُ الْمَوْتِ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَنْ مَرَجِعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، ثُمَّ إِلَى الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ وَابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ^(٢) . وَلِأَنَّهَا^(٣) وَكَالَةٌ وَأَمَانَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ الْوَدِيعَةَ وَالْوَكَالََةَ فِي الْحَيَاةِ . وَقِيَاسُ مَذْهَبِ أَحْمَدَ أَنَّ تَرَكَ الدُّخُولِ فِيهَا أَوْلَى ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْخَطَرِ ، وَهُوَ لَا يَعْدِلُ بِالسَّلَامَةِ شَيْئًا ، وَلِذَلِكَ يَرَى تَرَكَ الْإِتِّقَاطِ وَتَرَكَ الْإِحْرَامِ قَبْلَ الْمِيقَاتِ أَفْضَلَ ؛ طَلَبًا لِلْسَّلَامَةِ وَاجْتِنَابًا لِلْخَطَرِ ، وَقَدْ رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِأُمِّ ذَرٍّ : « إِنِّي أَرَاكَ ضَعِيفًا ، وَإِنِّي أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِي ، فَلَا تَأْمُرَنَّ عَلَيَّ اثْنَيْنِ ، وَلَا تَوَلِّينَ مَالَ يَتِيمٍ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٤) .

فصل : فإن مات رجل لا وصي له ، ولا حاكم في بلده ، فظاهر كلام أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ لِرَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ [٢٢٠/٥ ظ] أَنْ يَتَوَلَّى أَمْرَهُ ، وَيَبِيعَ مَا دَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِهِ ، فَإِنْ صَالِحًا نَقَلَ عَنْهُ ، فِي رَجُلٍ بَأَرْضٍ غُرْبَةٍ لَا قَاضِيَ بِهَا ، مَاتَ وَخَلَّفَ جَوَارِيَّ وَمَالًا ، أَتَرَى لِرَجُلٍ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْأَوْصِيَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٢٨٢/٦ .

(٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٠٨ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٤) فِي : بَابِ كِرَاهَةِ الْإِمَارَةِ بِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ : صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٤٥٨/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الدُّخُولِ فِي الْوَصَايَا ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٠٢/٢ .
وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْوَلَايَةِ عَلَى مَالِ الْيَتِيمِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمُجْتَبَى ٢١٤/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٠/٥ .

المقنع
وَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ فَأَبَى الْوَرَثَةُ إِخْرَاجَ ثُلْثِ مَا فِي أَيْدِيهِمْ ،
[١٧٢ ط] أَخْرَجَهُ كُلَّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ . وَعَنْهُ ؛ يُخْرِجُ ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ
وَيَحْبِسُ بَاقِيَهُ حَتَّى يُخْرِجُوا .

الشرح الكبير
مِنَ الْمُسْلِمِينَ بَيِّنَ ذَلِكَ ؟ فَقَالَ : أَمَّا الْمَنَافِعُ وَالْحَيَوَانُ ، فَإِنْ اضْطُرُّوا إِلَى
بَيْعِهِ وَلَمْ يَكُنْ قَاضٍ ، فَلَا بَأْسَ ، وَأَمَّا الْجَوَارِي فَأُجِبُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُنَّ
حَاكِمٌ مِنَ الْحُكَّامِ . وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ عَنْ بَيْعِ الْإِمَاءِ عَلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَارِ
إِحْتِيَاظًا ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُنَّ يَتَضَمَّنُ إِبَاحَةَ فَرْجٍ ، وَأُجِيزَ بَيِّنَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ
ضُرُورَةٍ .

٢٧٧٨ - مسألة : (وَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ فَأَبَى الْوَرَثَةُ إِخْرَاجَ
ثُلْثِ مَا فِي أَيْدِيهِمْ) فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا (يُخْرِجُ الثُّلْثَ كُلَّهُ مِمَّا فِي
يَدِهِ) نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُوصَى لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِأَجْزَاءِ التَّرِكَةِ ، فَجَازَ
أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مِمَّا فِي يَدِهِ ، كَمَا يَدْفَعُ إِلَى بَعْضِ الْوَرَثَةِ . وَالْأُخْرَى ، يَدْفَعُ
إِلَيْهِ ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ ، وَلَا يُعْطِيهِمْ شَيْئًا مِمَّا فِي يَدِهِ حَتَّى يُخْرِجُوا ثُلْثَ مَا

الإنصاف
قوله : وَإِذَا أَوْصَى بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ فَأَبَى الْوَرَثَةُ إِخْرَاجَ ثُلْثِ مَا فِي أَيْدِيهِمْ - وكذا
لو جحدوا ما في أيديهم - أَخْرَجَهُ كُلَّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ . وهو المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، [٢٧٩/٢ د] وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . وَعَنْهُ ، يُخْرِجُ ثُلْثَ مَا فِي يَدِهِ ، وَيَحْبِسُ بَاقِيَهُ ؛
لِيُخْرِجُوا ثُلْثَ مَا مَعَهُمْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّبَيُّهِ » ، أَنَّهُ لَا يَحْبِسُ

الشرح الكبير

في أيديهم . نَقَلَهَا أَبُو الْحَارِثِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الدِّينِ إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ،
لَمْ يَمْلِكْ اسْتِيفَاءَهُ مِمَّا فِي يَدِهِ ، كَذَا هُنَا . وَيُمْكِنُ حَمْلُ الرُّوَايَتَيْنِ عَلَى
اخْتِلَافِ حَالَيْنِ ، فَالرُّوَايَةُ الْأُولَى مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْمَالُ جِنْسًا
وَاحِدًا ، فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُخْرِجَ الثُّلُثَ كُلَّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي انْتِظَارِ
إِخْرَاجِهِمْ مِمَّا فِي أَيْدِيهِمْ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ ، وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى
مَا إِذَا كَانَ الْمَالُ أَجْنَاسًا ، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِثُلْثِ كُلِّ جِنْسٍ ، فَلَيْسَ لَهُ
أَنْ يُخْرِجَ عَوَضًا عَنْ ثُلْثِ مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِمَّا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ لَا تَجُوزُ
إِلَّا بِرِضَاهُمْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإنصاف

الْبَاقِي ، بَلْ يُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ ، وَيُطَالِبُهُمْ بِثُلْثِ مَا فِي أَيْدِيهِمْ . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ
أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ :
وَيُمْكِنُ حَمْلُ الرُّوَايَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ ؛ فَلِأُولَى مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا
كَانَ الْمَالُ جِنْسًا وَاحِدًا ، وَالثَّانِيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْمَالُ أَجْنَاسًا ، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ
تَتَعَلَّقُ بِثُلْثِ كُلِّ جِنْسٍ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَقِيلَ : إِنْ كَانَتِ التَّرَكَّةُ جِنْسًا
وَاحِدًا ، أَخْرَجَ الثُّلُثَ كُلَّهُ مِمَّا مَعَهُ ، وَإِلَّا أَخْرَجَ ثُلُثَهُ فَقَطْ .

فَائِدَةٌ : لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ التَّرَكَّةَ ، أَوْ جَهْلَ مُوَصَّى لَهُ ، فَتَصَدَّقَ بِجَمِيعِ
الثُّلْثِ هُوَ أَوْ حَاكِمٌ ، ثُمَّ ثَبَتَ ذَلِكَ ، لَمْ يَضْمَنْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ
فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : بَلْ يَرْجِعُ بِهِ لَوْفَاءُ الدِّينِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنْ .

المقنع وَإِنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ فَأَبَى ذَلِكَ الْوَرَثَةُ، قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ . وَعَنْهُ ، فِي مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمَيْتٍ وَعَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ ، أَنَّهُ يَقْضَى دَيْنَ الْمَيْتِ إِنْ لَمْ يَخَفْ تَبَعَةً .

الشرح الكبير ٢٧٧٩ - مسألة : (وَإِنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ فَأَبَى الْوَرَثَةُ ذَلِكَ ، قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ) لِأَنَّهُ وَاجِبٌ سَوَاءٌ رَضُوا بِهِ أَوْ أَبَوْهُ ، فَإِذَا أَبَوْهُ قَضَاهُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُعَيَّنٍ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ فَلَمْ يَقْبَلُوا الْوَصِيَّةَ ، فَإِنَّهُ يَذْفَعُ إِلَيْهِ وَصِيَّتَهُ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ ، وَلَا يُعْتَبَرُ عِلْمُهُمْ ، كَذَا هُنَا . وَعَنْ أَحْمَدَ (فِي مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمَيْتٍ وَعَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ ، أَنَّهُ يَقْضَى دَيْنَ الْمَيْتِ إِنْ لَمْ يَخَفْ تَبَعَةً) يَعْنِي إِذَا خَافَ أَنْ يَطْلُبَهُ الْوَرَثَةُ بِمَا عَلَيْهِ وَيُنْكِرُوا الدَّيْنَ الَّذِي عَلَى مَوْرُوْثِهِمْ ، فَلَا يَقْضِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ رُجُوعَهُمْ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَخَفْ ذَلِكَ قَضَى دَيْنَ الْمَيْتِ الَّذِي عَلَيْهِ بِدَيْنِ الْمَيْتِ الَّذِي لَهُ ، لِمَا فِيهِ مِنْ تَبَرُّةٍ ذِمَّتِهِ وَذِمَّةِ الْمَيْتِ .

الإيضاح قوله : وَإِنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ ، فَأَبَى ذَلِكَ الْوَرَثَةُ ، قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ . يَعْنِي إِذَا جَحَدُوا الدَّيْنَ ، وَتَعَذَّرَ ثُبُوتُهُ ، أَوْ أَبَوْا الدَّفْعَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشرح» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«النَّظْمِ» . قَالَ ابْنُ مُتَّحَى : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَعَنْهُ ، لَا يَقْضِيهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ إِلَّا بَيِّنَةٌ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَائِقِ» . وَقَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» وَغَيْرِهِ : وَعَنْهُ ، يَقْضِيهِ إِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ حَاكِمٌ . قَالَ فِي «الْمُسْتَوْعَبِ» ، وَ«الْهِدَايَةِ» : اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَعَنْهُ ، فِي مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمَيْتٍ ، وَعَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ ، أَنَّهُ يَقْضَى دَيْنَ الْمَيْتِ ، إِنْ لَمْ يَخَفْ تَبَعَةً . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ

الشرح الكبير

فصل : إذا عَلِمَ الْمُوصَى إِلَيْهِ أَنَّ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنًا ، إمَّا بِوَصِيَّةِ الْمَيِّتِ أَوْ غَيْرِهَا ، فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَقْضِيهِ إِلَّا بَيِّنَةٌ . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ كَانَ ابْنُ الْمَيِّتِ يُصَدِّقُهُ . قَالَ : يَكُونُ [٢٢١/٥] ذَلِكَ فِي حِصَّةٍ مَنْ أَقْرَأَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ . وَقَالَ فِي مَنْ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ ، فَقَالَ : إِنْ أَنَا مِتُّ ، فَادْفَعْهَا إِلَى ابْنِي الْكَبِيرِ . وَلَهُ ابْنَانِ ، أَوْ قَالَ : اذْفَعْهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ . فَقَالَ : إِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَحَدِ الْابْنَيْنِ ضَمِنَ لِلْآخَرِ قَدْرَ حِصَّتِهِ ، وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْآخَرِ ضَمِنَ . وَلَعَلَّ هَذَا مِنْ أَحْمَدَ فِيمَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْ الْوَرِثَةُ الْوَصِيَّ وَلَمْ يُقْرَأْ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلَيْسَ لَهُ الدَّفْعُ بغيرِ إِذْنِهِمْ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : أَقْرَأَ عِنْدِي ، وَأَذِنَ لِي . إِبْتِاثٌ وَلَايَةٌ^(١) ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ ، وَلَا شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ

الإنصاف

عَامَّةً فِي الْمُوصَى إِلَيْهِ وَغَيْرِهِ . فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ غَيْرَ الْمُوصَى إِلَيْهِ ، وَيَعْلَمُ أَنَّ الْمَيِّتَ الَّذِي لَهُ الدَّيْنُ عَلَيْهِ دَيْنٌ لآخر ، وَجَحَدَهُ الْوَرِثَةُ ، فَقَضَاهُ مِمَّا عَلَيْهِ ، فَفِيهِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، هَذِهِ . أَعْنَى يَقْضِيهِ إِنْ لَمْ يَخَفْ تَبِعَةً . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَقْضِيهِ ، وَلَا يَبْرَأُ بِذَلِكَ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَالثَّلَاثَةُ ، يَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالْقَضَاءِ بَاطِنًا . وَوَهَّى هَذِهِ الرُّوَايَةَ النَّاطِمُ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفَائِقِ » ، وَأُطْلِقَ الْأَخِيرَتَيْنِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَدَّمَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، جَوَازَ قَضَائِهِ مُطْلَقًا فِي الْبَاطِنِ .

فائدة : لو أَقَامَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ بَيِّنَةً شَهِدَتْ بِحَقِّهِ ، فَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوصَى إِلَيْهِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ بِلَا حُضُورِ حَاكِمٍ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« النَّظْمِ » ،

(١) فِي م : « وَلَانَهُ » .

بالولاية . وقد نقل أبو داود ، في رجلٍ أوصى أن لفلان عليّ كذا : ينبغي للوصي أن ينفذه ، ولا يحل له إن لم ينفذه . فهذه المسألة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعى ، أو له بينة بذلك ، جمعاً بين الروايتين ، وموافقة الدليل . قيل لأحمد : فإن علم الموصي إليه لرجل حقاً على الميت ، فجاء الغريم يطالب الوصي ، وقدمه إلى القاضي ليستخلفه أن مالى في يدك حق . فقال : لا يحلف ، ويعلم القاضي بالقضية ، فإن أعطاه القاضي فهو أعلم . فإن ادعى رجل ديناً على الميت وأقام بينة ، فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم ؟ فكلأحمد يدل على روايتين ؛ إحداهما ، لا يجوز الدفع إليه بدعواه ، إلا أن تقوم بينة . فظاهر هذا أنه جَوَزَ الدفع بالبينة من غير حكم حاكم ؛ لأن البينة حجة له . وقال في موضع آخر : إلا أن تثبت بينة عند الحاكم بذلك . فأما إن صدقهم الورثة ، قبل ؛ لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

و « الفروع » . لكن جعلهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، في جواز الدفع ، لا في لزوم الدفع . قال ابن أبي المجلد ، في مصنفه : لزمه قضاؤه بدون حضور حاكم ، على الأصح . وقدمه ابن رزين في « شرحه » .

فائدة : يجوز لمن عليه دين لميت ، أن يدفع إلى من أوصى له به ، إذا كان معيناً ، وإن شاء دفعه إلى وصي الميت ؛ ليدفعه إلى الموصى له به . وهو أولى . فإن لم يوص له به ، ولا يقبضه عينا ، لم يبرأ إلا بدفعه إلى الموصى إليه والوارث معا .

وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى الْمُسْلِمِ ، وَإِلَى مَنْ كَانَ عَدُوًّا فِي دِينِهِ .
المقنع

الشرح الكبير

٢٧٨٠ - مسألة : (وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى الْمُسْلِمِ) إذا لم تكن تركته خمرًا أو خنزيرًا ؛ لأنَّ المسلمَ مقبولُ الشَّهادَةِ عليه وعلى غيره . فأما وصية الكافر إلى الكافر العَدْلِ في دينه ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تصحُّ الوصيةُ إليه . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه يُلَى بالنَّسَبِ قَبْلَى بالوصية ، كالمسلم . والثاني ، لا يصحُّ . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّه فاسِقٌ ، فلم تصحَّ الوصيةُ إليه ، كفاسِقِ المسلمين . ولأصحابِ الشافعيَّ وجهان كَهَذين . فإن لم يكن الكافرُ عَدُوًّا في دينه ، لم تصحَّ الوصيةُ إليه ؛ لأنَّ عَدَمَ الْعَدَالَةِ في المسلمِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَالْكَافِرُ أَوْلَى .

الإنصاف

وقيل : أو الموصى إليه بقَبْضِ حَقْوِهِ^(١) . وهو اِحْتِمَالٌ في « الرَّعَايَةِ » . وإن صرفَ أَجْنَبِيٍّ الموصى به لمُعَيَّنٍ ، وقيل : أو لغيره ، في جِهَتِهِ ، لم يَضْمَنهُ ، وإن وصَّاه بإعطاءٍ مُدَّعٍ دَيْنًا يَبِينُهُ ، نفَذَهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ . قاله الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . ونقل ابنُ هانِيٍّ ، بَيِّنَةً . ونقله عَبْدُ اللَّهِ . ونقل عَبْدُ اللَّهِ أَيضًا ، يُقْبَلُ مع صِدْقِ الْمُدَّعَى .

تنبيه : قوله : وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى مُسْلِمٍ . بلا نزاع ، لَكِنْ بِشَرْطٍ أَنْ لَا يَكُونَ فِي تَرْكِتِهِ خَمْرٌ وَلَا خِنْزِيرٌ .

قوله : وَإِلَى مَنْ كَانَ عَدُوًّا فِي دِينِهِ . يعني ، أَنَّ وَصِيَّةَ الْكَافِرِ إِلَى كَافِرٍ تَصِحُّ ، إِذَا كَانَ عَدُوًّا فِي دِينِهِ . وهو المذهبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبَّادٍ » ، وَ « مُتَتَّخِبِ الْآدَمِيِّ » . وَقَدَّمَ ابْنُ مَنَاجِيٍّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَابْنُ رَزِينٍ

(١) بياض في الأصل .

وَإِذَا قَالَ : ضَعْ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ . أَوْ : أَعْطِهِ مَنْ شِئْتَ . لَمْ يَجْزُ لَهُ أَخْذُهُ وَلَا دَفْعُهُ إِلَى وَلَدِهِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُ .

٢٧٨١ - مسألة : (إذا قال : ضَعْ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ . أَوْ : أَعْطِهِ مَنْ شِئْتَ . لَمْ يَجْزُ لَهُ أَخْذُهُ وَلَا دَفْعُهُ إِلَى وَلَدِهِ) وَلَا وَالِدِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ [٢٢١/٥ ظ] لِلْمَسَاكِينِ وَأَبْوَابِ الْبِرِّ ، وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ ، فَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ شَيْئًا ، إِنَّمَا أَمْرٌ بِتَنْفِيذِهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِذَا قَالَ الْمُوصِي : جَعَلْتُ لَكَ أَنْ تَضَعَ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ . أَوْ : حَيْثُ رَأَيْتَ . فَلَهُ أَخْذُهُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ عِنْدَنَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْمُوصِي يَتَنَاوَلُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ

فِي « شَرْحِهِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْأَظْهَرُ الصَّحَّةُ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . قَالَ الْمَجْدُ : وَجَدْتُهُ بِخَطِّهِ . وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَلَا تَصِحُّ الرَّصِيَّةُ إِلَى كَافِرٍ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : وَلَا تَصِحُّ إِلَّا إِلَى مُسْلِمٍ . وَكَذَا هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُصُولِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النُّظْمِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمَجْدِ وَجَمَاعَةٍ ، أَنَّهُ لَوْ كَانَ غَيْرَ عَدْلٍ فِي دِينِهِ ، أَنَّ فِيهِ الْخِلَافَ الَّذِي فِي الْمُسْلِمِ .

قوله : وَإِذَا قَالَ : ضَعْ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ . أَوْ : أَعْطِهِ مَنْ شِئْتَ . لَمْ يَجْزُ لَهُ أَخْذُهُ ، وَلَا دَفْعُهُ إِلَى وَلَدِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

إلى قرائن الأحوال ، فإن دَلَّتْ على أنه أراد أخذه منه ، مثل أن يكون من جُمْلَةِ المُسْتَحْقِّينَ الذين يُصْرَفُ إليهم ذلك ، أو عَادَتُهُ الأخذُ مِنْ مِثْلِهِ ، فله الأخذُ منه ، وإلا فلا . وَيَحْتَمِلُ أنْ له إعطاءَ وَلَدِهِ وسائرِ أَقَارِبِهِ إذا كانوا مُسْتَحْقِّينَ دُونَ نَفْسِهِ ؛ لِأنَّهُ مَأْمُورٌ بالتَّفْرِيقِ ، وقد فَرَّقَ في مَنْ يَسْتَحِقُّ ، فَأَشْبَهَ الدَّفْعَ إلى الأَجَنِيِّ . ولنا ، أَنَّهُ تَمْلِيكٌ مَلَكَه بِالْإِذْنِ ، فلا يجوزُ أن يكونَ قَابِلًا ، كما لو وَكَّلَهُ في بَيْعِ سِلْعَةٍ ، لم يَجْزُ بَيْعُهَا مِنْ نَفْسِهِ .

الإنصاف

وجزَمَ به في «الوجيز» وغيره . وقَدَّمَهُ في «المُعْنَى» ، و «الشرح» ، و «النَّظْمِ» ، و «الرَّعَايَتَيْنِ» ، و «الحاوي الصَّغِيرِ» ، و «الفُرُوعِ» ، و «الفاتحِ» . وقال : اختارَه الأكثرون في الولدِ . وَيَحْتَمِلُ جوازَ ذلك ؛ لَتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُ ، ^(١) وَيَحْتَمِلُ جوازَ ذلك مع القرينة فقط . واختارَ المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، جوازَ دَفْعِهِ إلى وَلَدِهِ ^(٢) . قال الحارثيُّ : وهو المذهبُ . والصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ أَنَّهُ لا يجوزُ . قال [٢٧٩/٢ ط] في «المُحَرَّرِ» : وَمَنَعَهُ أَصْحَابُنَا .

تنبيه : مَفْهُومُ قَوْلِهِ : لم يَجْزُ لَهُ أَخْذُهُ ولا دَفْعُهُ إلى وَلَدِهِ . جوازُ أَخْذِ والِدِهِ وأقارِبِهِ الوارِثِينَ ؛ سواءً كانوا أَغْنِيَاءَ أو فُقَرَاءَ . وهذا اخْتِيَارُ المُصَنِّفِ ، والمَجْدِ . قال الحارثيُّ : وهو المذهبُ . والصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ ، أَنَّهُ لا يجوزُ دَفْعُهُ إليهم . نصُّ عليه ، كَوَلَدِهِ . وقَدَّمَهُ في «الفُرُوعِ» . واختارَ جماعةٌ مِنَ الأَصْحَابِ ، أَنَّهُ ^(٣) لا يجوزُ دَفْعُهُ إلى ابْنِهِ فقط . وذكرَ جماعةٌ مِنَ الأَصْحَابِ ، أَنَّهُ ^(٤) لا يُعْطَى الولدُ ولا الوالدُ ؛ منهم صاحبُ «النَّظْمِ» . وذكرَ ابنُ رَزِينٍ في مَنعٍ مَنْ يُمُونُهُ وَجْهًا .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

المقنع وإن دَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِ بَعْضِ الْعَقَارِ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ ، أَوْ حَاجَةِ الصَّغَارِ ، وَفِي بَيْعِ بَعْضِهِ نَقْصٌ ، فَلَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ وَالصَّغَارِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ ، وَهُوَ أَقْسُ .

الشرح الكبير ٢٧٨٢ - مسألة : (وإن دَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِ بَعْضِ الْعَقَارِ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ ، أَوْ حَاجَةِ الصَّغَارِ ، وَفِي بَيْعِ بَعْضِهِ نَقْصٌ ، فَلَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ وَالصَّغَارِ) وقال أبو حنيفة ، وابنُ أُمي لَيْلَى : يجوزُ الْبَيْعُ عَلَى الصَّغَارِ وَالْكَبَارِ فِيمَا لَا بُدَّ مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ جَمِيعُهُمْ كِبَارًا وَهَنَاكَ دَيْنٌ أَوْ وَصِيَّةٌ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُ أَنْ يَبِيعَ إِلَّا مَا يَخْتَصُّ^(١) الصَّغَارُ ، وَبَقَدَّرِ الدَّيْنُ وَالْوَصِيَّةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصِيٌّ يَمْلِكُ بَيْعَ بَعْضِ التَّرَكَةِ ، فَمَلَكَ بَيْعَ جَمِيعِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ جَمِيعُ الْوَرِثَةِ^(٢) صِغَارًا وَكَانَ الدَّيْنُ يَسْتَعْرِقُ التَّرَكَةَ ، وَلَأنَّ

الإيناف فائدة : قال في « الفائق » : وليس له دفعه إلى ورثة الموصي . ذكره المجذبي « شرح الهداية » . ونص عليه ، في رواية أبي الصقر ، وأبي داود . وقاله الحارثي .

قوله : وإن دَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِ بَعْضِ الْعَقَارِ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ أَوْ حَاجَةِ الصَّغَارِ ، وَفِي بَيْعِ بَعْضِهِ نَقْصٌ ، فَلَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ وَالصَّغَارِ . يعنى ، إذا امتنع الْكِبَارُ مِنَ الْبَيْعِ ، أَوْ كَانُوا غَائِبِينَ . وهذا المذهب ، نص عليه . وجزم به في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُتَوَرِّ » ، و « مُتَّخَبِ الْأَرْجَى » . وقدمه في « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،

(١) في م : يحظى .

(٢) في الأصل : التركة .

الوصي قائم مقام الأب ، ولأب أن يبيع الجميع ، ولأنه لما جاز بيعها في الدين المستغرق ، جاز بيعها فيما لا يستغرق ، كالعين المرهونة ، ولأن في بيع البعض نقصاً على الصغار ، فيتعين بيع الجميع ؛ دفعاً للضرر

و « شرح الحارثي » . قال في « الفائق » : والمنصوص الإجبار على بيع غير قابل للقسمة ، إذا حصل بيع بعضه نقص ، ولو كان الكل كياراً ، وامتنع البعض . نص عليه ، في رواية الميموني ، وذكره في « الشافعي » . واختاره شيخنا ؛ لتعلق الحق بنصف القيمة للشريك ، لا بقيمة النصف . انتهى كلام صاحب « الفائق » . ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار . وهو أقيس . فاختره المصنف ، والشارح . قلت : وهو الصواب ؛ لأنه لا يزال الضرر بالضرر . وقيل : يبيع بقدر حصّة الصغار ، وقدر الدين والوصية ، إن كانت . وقال في « الرعاية » : قلت : إن قلنا : التركة لا تنتقل إليهم مع الدين . جاز بيعه للدين والوصية .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو كان الكل كياراً ، وعلى الميت دين ، أو وصية ، باعه الموصى إليه ، إذا أبوا بيعه ، وكذا لو امتنع البعض . نص عليه ، في رواية الميموني . وتقدم ذلك في كلام صاحب « الفائق » . الثانية ، لو مات شخص بمكان لا حاكم فيه ، ولا وصي ، جاز لمسلم ممن حضره ، أن يجوز تركه ، ويعمل الأصلح فيها من بيع وغيره . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأكثر . وقيل : لا يبيع الإمام . ذكره في « الفروع » . وقال في « الرعاية » : وقيل : يبيع ما يخاف فسادَه ، والحيوان ، ولا يبيع رقيقه إلا حاكم . وعنه ، يلي بيع جواريه

عَنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ (وَهُوَ أَقْيَسُ) إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الْإِنْسَانِ بَيْعُ مِلْكِهِ لِيَزْدَادَ ثَمَنُ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ شَرِيكَهُمْ غَيْرَ وَارِثٍ . وَهَذَا اخْتِيَارُ شَيْخِنَا . وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

حَاكِمٌ ، إِنْ تَعَذَّرَ نَقْلُهَا إِلَى وَرَثَتِهِ ، أَوْ مُكَاتَبَتُهُمْ ؛ لِيَحْضُرُوا وَيَأْخُذُوا . انْتَهَى . وَيُكْفَنُهُ مِنَ التَّرِكَةِ ، إِنْ كَانَتْ ، وَلَمْ تَتَعَذَّرْ ، وَإِلَّا كَفَّنَهُ مِنْ عِنْدِهِ ، وَرَجَعَ عَلَى التَّرِكَةِ ، إِنْ كَانَتْ ، وَإِلَّا عَلَى مَنْ تَلَزَّمَهُ نَفَقَتُهُ ، إِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَلَمْ يُوجَدْ حَاكِمٌ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ إِذْنُهُ ، أَوْ أَبِي الْإِذْنِ ، رَجَعَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : فِيهِ وَجْهَانِ ، كَأَمَّا مَكَانُهُ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ ، وَلَمْ يَنْوِ ، مَعَ إِذْنِهِ .

فهرس الجزء السابع عشر من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

باب الهبة والعطية

- ٥ (وهى تملك في الحياة بغير عوض)
- ٢٦٠٢ - مسألة : (فإن شرط فيها عوضًا معلومًا ، صارت بيعًا ...) ٧ ، ٦
- تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، صحة شرط العوض فيها ... ٨
- ٢٦٠٣ - مسألة : (وإن شرط ثوابًا مجهولًا ، لم تصح) ٨ - ١٠
- فائدة : لو ادّعى شرط العوض ، فأنكر المتَّهب ، أو قال : وهبتى هذا . ١٠
- قال : بل بعته ... ١٠
- ٢٦٠٤ - مسألة : (وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة ، من الإيجاب والقبول والمعاطة المقترنة بما يدل عليها) ١١ - ١٤
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو تراخى القبول عن الإيجاب ، صح ، ... ١٣
- الثانية ، يصح أن يهبه شيئًا ، ويستثنى نفعه مدة معلومة ... ١٣
- ٢٦٠٥ - مسألة : (وتلزم بالقبض . وعنه ، تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة) ١٤ - ٢٠

- فصل : وفي غير المكيل والموزون
 ١٧ روايتان ؛ ...
 تنبيهان ؛ أحدهما ، ظاهر كلام المصنف ،
 صحة الهبة بمجرد
 ١٧ العقد ...
 الثاني ، قوله في المكيل والموزون :
 لا تلزم فيه إلا بالقبض .
 محمول على عمومه في كل
 ١٧ ما يكال ويوزن ...
 ١٨ فائدة : تملك الهبة بالعقد أيضًا ...
 فصل : قوله : في المكيل والموزون : إن الهبة
 لا تلزم فيه إلا بالقبض محمول على
 ٢٠ عمومه في كل ما يكال ويوزن ، ...
 ٢٦٠٦ - مسألة : (ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب ، إلا
 ما كان في يد المتهب ، فيكفى مضى
 ٢٠ - ٢٣ زمن يتأتى قبضه فيه ...)
 ٢٢ فصل : والواهب بالخيار قبل القبض ، ...
 تنبيه : الاستثناء الثاني في كلام المصنف ،
 من قوله : وتلزم بالقبض . لا من
 قوله : ولا يصح القبض إلا بإذن
 ٢٣ الواهب .
 فائدتان ؛ إحداهما ، صفة القبض هنا ،
 ٢٣ كقبض المبيع ...
 الثانية ، له أن يرجع في الإذن
 ٢٣ قبل القبض ، ...

٢٦٠٧ - مسألة : (فإن مات الواهب ، قام وارثه مقامه في

٢٣ - ٢٧

الإذن والرجوع)

فائدة : لو وهب الغائب هبة ، وأنفذها مع

رسول الموهوب له ، أو وكيله ، ثم

مات الواهب أو الموهوب له قبل

٢٤

وصولها ، ...

تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله تعالى ،

٢٤

بقوله : قام وارثه مقامه ...

فوائد تتعلق بحكم العقد إذا مات المتهب قبل

قبوله ، وقبض الأب للطفل من

نفسه ، وحكم قبض الطفل والمجنون

والمميز للهبة لنفسه وقبولها ، وما

٢٥ - ٢٧

يشترط لقبض المشاع .

فائدة : لو قال أحد الشريكين للعبد

المشترك : أنت حبيس على آخرنا

موتاً . لم يعتق بموت الأول

٢٧

منهما ، ...

٢٦٠٨ - مسألة : (وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه ، أو وهبه

له ، أو أحله منه ، برئ وإن رد ذلك ولم

٢٧ - ٣٧

يقبله)

فصل : وتصح البراءة من المجهول ، إذا لم

٣٠

يكن لهما سبيل إلى معرفته ...

فوائد تتعلق بصور البراءة من المجهول ،

وحكم صحة البراءة ، وعدم صحة

هبة الدين لغير من هو في ذمته ، وعدم

- صحة البراءة بشرط ، وعدم صحة
 الإبراء من الدين قبل وجوبه . ٣٠ - ٣٤
 فصل : فإن كان الموهوب له طفلاً أو
 مجنوناً ، ... ٣٢
 فصل : فإن كان الصبي مُمَيَّزاً ، فحكمه
 حكم الطفل في قيام وليه مقامه ؛ ... ٣٤
 فصل : فإن وهب الأب لولده الصغير
 شيئاً ، ... ٣٤
 فصل : فإن كان الواهب للصبي غير الأب
 من أوليائه ، ... ٣٦
 فصل : فأما الهبة من الصبي لغيره ، فلا
 تصح ، ... ٣٧
 فصل : والقبض في الهبة كالقبض في
 البيع ، ... ٣٧
 ٢٦٠٩ - مسألة : (وتصح هبة المُشَاع) ٣٨ ، ٣٩
 ٢٦١٠ - مسألة : (و) تصح هبة (كل ما يجوز بيعه) ٤٠ ، ٤١
 تنبيه : مفهوم كلام المصنف أيضاً ، أنه لا
 تصح هبة أم الولد ، إن قلنا : لا
 يجوز بيعها ... ٤١
 ٢٦١١ - مسألة : (ولا تصح هبة المجهول) ٤٢ - ٤٤
 فصل : قد ذكرنا أن هبة المجهول لا
 تصح ... ٤٣
 فائدة : لو قال : خذ من هذا الكيس ما
 شئت ... ٤٣
 ٢٦١٢ - مسألة : (ولا يجوز تعليقها على شرط ، ولا شرط

- ما ينافى مقتضاها ، نحو أن لا يبيعها ولا
 ٤٤ ، ٤٥ (يبيعها)
 تنبيه : قوله : ولا شرط ما ينافى
 ٤٥ مقتضاها ؛ ...
 ٢٦١٣ - مسألة : (ولا توقيتها ، كقوله : وهبتك هذا سنة) ٤٥ ، ٤٦
 فصل : وإن وهب أمة واستثنى ما في
 ٤٥ بطنها ، ...
 ٢٦١٤ - مسألة : (إلا في العُمري) والرُقبي (وهو أن
 يقول : أعمرتك هذه الدار . أو :
 أرقبتكها . أو : ... فإنه يصح ، ...) ٤٦ - ٥١
 فائدة : لو لم يكن له ورثة ، كان لبيت
 ٤٨ المال .
 ٢٦١٥ - مسألة : (وإن شرط رجوعها إلى المُعْمر عند
 موته ، أو قال : هي لآخرنا موتاً ...) ٥١ - ٥٨
 تنبيه : من لازم صحة الشرط ، صحة
 ٥٣ العقد ، ولا عكس ...
 فائدة : لا يصح إعمارُه المنفعة ، ولا
 ٥٤ إرقابها ، ...
 فصل : والرُقبي كالعُمري ... ٥٥
 فصل : وتصح العُمري في الحيوان
 ٥٦ والثياب ؛ ...
 فصل : وقد ذكرنا أنه لو وقَّت الهبة في غير
 العُمري والرُقبي كقوله : وهبتك
 هذا سنة ... ونحو هذا ، لم
 ٥٦ يصح ؛ ...

فصل : فأما إن قال : سكنها لك عمرك .

٥٧ فله أخذها في أى وقت أحبّ ...

فصل : إذا وهب هبة فاسدة ، أو باع بيعاً

فاسداً ، ثم وهب تلك العين ، أو

باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد

٥٨ الأول ، صح العقد الثانى ؛ ...

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :

(والمشروع فى عطية الأولاد

٥٩ القسمة بينهم على قدر ميراثهم)

تنبيهات ؛ الأول ، يحتمل قوله : فى عطية

الأولاد . دخول أولاد

٦١ الأولاد ، ...

الثانى ، قوة كلام المصنف تعطى

أن فعل ذلك على سبيل

٦١ الاستحباب ...

الثالث ، مفهوم قوله : والمشروع

فى عطية الأولاد . أن

الأقارب الوارثين غير

الأولاد ، ليس عليه

٦٢ التسوية بينهم ...

الرابع ، ظاهر كلام المصنف

مشروعية التسوية فى

٦٢ الإعطاء ، ...

٢٦١٦ - مسألة : (فإن خص بعضهم أو فضله ، فعليه

التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى

(يستووا)

فصل : فأما إن خص بعضهم لمعنى يقتضيه

٦٦ تخصيصه ؛ ...

فصل : والأم في المنع من المفاضلة بين

٦٧ أولادها كالأب ؛ ...

٦٧ تنبيه : ظاهر قوله : أو إعطاء الآخر ...

فائدتان ؛ إحداهما ، يجوز التخصيص بإذن

٦٨ الباقي ...

الثانية ، يجوز للأب تملكه بلا

٦٨ حيلة ...

٢٦١٧ - مسألة : (وإن مات قبل ذلك ، ثبت للمعطي...) ٦٨ - ٧٣

فصل : وليس عليه التسوية بين سائر

أقاربه ، ولا إعطاؤهم على قدر

٧١ ميراثهم ، ...

فوائد ؛ إحداهما ، قال في ... : حكم ما إذا

ولد له ولد بعد موته ،

حكم موته قبل التعديل

المذكور بالإعطاء أو

٧١ الرجوع ...

الثانية ، محل ما تقدم ، إذا فعله في

٧١ غير مرض الموت ، ...

الثالثة ، لا تجوز الشهادة على

٧٢ التخصيص ، ...

الرابعة ، لا يكره للحي قسم ماله

٧٢ بين أولاده ...

فصل : فإن أعطى أحد ابنيه في صحته ثم

أعطى الآخر في مرضه ،... ٧٣
فصل : قال أحمد : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لَا يَقْسِمَ
ماله ، ويدعه على فرائض الله

٧٣ تعالى ، ...

٢٦١٨ - مسألة : (فَإِنْ سَوَّى بَيْنَهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ

ثَلَاثَةً فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ ، جَازٌ ...) ٧٤ - ٨٠
فصل : وأما إذا وقف ثلاثة في مرضه على

٧٦ بعض ورثته ، ...

فصل : فَإِنْ وَقَفَ دَارُهُ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثَلَاثَةٍ
بَيْنَ ابْنِهِ وَبَنَّتِهِ نَصَفَيْنِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ،
صح على رواية الجماعة ،

٧٩ ولزم ؛ ...

فائدة : لو وقف على أجنبي زائداً على الثلث ،

٧٩ لم يصح وقف الزائد ...

٢٦١٩ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبْتِهِ إِلَّا

الْأَبَ ...) ٨١ - ٩١

٨٢ تنبيه : قوله : أَوْ يَفْلَسَ ...

فصل : فأما الأب ، فله الرجوع فيما وهب

٨٤ لولده ، ...

تنبيه يتعلق بحكم رجوع الزوجة في هبتها

لزوجها إذا وهبته بغير سؤال منه . ٨٤ ، ٨٥

فوائد تتعلق بحكم رجوع الزوجة في إبرائها

لزوجها - إذا قال لها : أنت طالق إن لم

تبرئيني - وما يحصل به رجوع الأب

في هبته لولده ، والحكم إذا أسقط

- الأب حقه من الرجوع ، وهل
تصرف الأب رجوع أم لا ؟ وأن
حكم الصدقة حكم الهبة فيما تقدم . ٨٥ - ٨٧
فصل : فأما الأم ، فظاهر كلام أحمد ، أنه
ليس لها الرجوع ... ٨٧
تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، بل هو
كالصريح ، أن الأم ليس لها الرجوع ،
إذا وهبت ولدها ... ٨٧
فصل : وحكم الصدقة حكم الهبة فيما
ذكرنا ... ٨٩
فصل : وللرجوع في هبة الولد شروط
أربعة ؛ ... ٨٩
فصل : فإن تعلق بها رغبة لغير الولد ، ... ٩١
٢٦٢٠ - مسألة : (وإن نقصت العين ، أو زادت زيادة
منفصلة ، لم تمنع الرجوع ، والزيادة
للابن ...)
٩١ - ٩٦
فصل : فإن تلف بعض العين ، أو نقصت
قيمتها ، لم يمنع الرجوع فيها ، ولا
ضمان على الابن فيما تلف
منها ؛ ... ٩٢
تنبيه : يستثنى من كلام المصنف ، لو كانت
الزيادة المنفصلة ولد أمة ، ... ٩٢
فصل : فأما الزيادة المتصلة ، كالسمن
والكبر وتعلم صنعة ، إذا زادت بها
القيمة ، ... ٩٤

فصل : فإن قصر العين أو فصلها ، فهي

زيادة متصلة ، هل تمنع الرجوع أو

لا ؟ ... ٩٥

فائدة : لو اختلف الأب وولده في حدوث

زيادة في الموهوب ، فالقول قول

الأب ... ٩٥

٢٦٢١ - مسألة : (وإن باعه المُتَّهَب ثم رجع إليه بفسخ

أو إقالة ، فهل له الرجوع ؟ ...) ٩٦ ، ٩٧

٢٦٢٢ - مسألة : (وإن وهبه المُتَّهَب لابنه ، لم يملك أبوه

الرجوع ، إلا أن يرجع هو) ٩٧ ، ٩٨

٢٦٢٣ - مسألة : (وإن كاتبه أو رهنه ، لم يملك) أبوه

(الرجوع ، إلا أن ينفك الرهن

وينفسخ) ٩٨ - ١٠١

فائدة : لا يمنع التدبير الرجوع ... ٩٩

فصل : والرجوع في الهبة أن يقول ١٠٠

فائدة : إجارة الولد له ، وتزويجه ،

والوصية به ، والهبة قبل القبض ،

و ... ، لا يمنع الرجوع ... ١٠٠

٢٦٢٤ - مسألة : (وعن أحمد ، في المرأة تهب زوجها

مهرها : إن كان سألها ذلك ردّه إليها ،

رضيت به أو كرهت ؛ ...) ١٠١ - ١٠٣

فصل : قال ، رضى الله عنه : (وللأب أن

يأخذ من مال ولده ما شاء ،

ويتملكه مع حاجته وعدمها ، في

صغره وكبره ، ما لم تتعلق حاجة

- ١٠٣ (الابن به)
 تنبيه : مفهوم كلام المصنف ، أن الأم ليس لها أن تأخذ من مال ولدها كالأب ... ١٠٤
- ٢٦٢٥ - مسألة : (فإن تصرف فيه قبل تملكه ؛ بيع ، أو عتق ، أو إبراء من دين ، لم يصح تصرفه) ١٠٨ ، ١٠٧
 فائدة : يحصل تملكه بالقبض ... ١٠٩
- ٢٦٢٦ - مسألة : (وإن وطئ جارية ابنه فأحبلها ، صارت أم ولد له ، وولده حر لا تلزمه قيمته ، ولا حد) عليه (ولا مهر ...) ١٠٩ - ١١١
 تنبيه : هذا إذا لم يكن الابن قد استولدها ، فإن كان الابن قد استولدها ، لم يتنقل الملك فيها باستيلاده ، ... ١١٠
 فصل : وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه ، ... ١١١
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الأب لا يلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها ... ١١١
 تنبيه : محل هذا ، إذا كان الابن لم يطأها ، ... ١١١
- ٢٦٢٧ - مسألة : (وليس للابن مطالبة أبيه بدين ، ولا قيمة متلف ، ولا أرض جناية ، ولا غير ذلك) ١١٢ - ١١٦
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن ذلك يثبت في ذمته ، ولكن يمنع من المطالبة به ... ١١٣
 فوائد ؛ الأولى ، ليس لورثة الابن مطالبة أبيه بما للابن عليه من الدين وغيره ، ... ١١٦

الثانية ، لو أقر الأب بقبض دين ابنه ،
فأنكر الابن ، رجع على

الغريم ، ... ١١٦

الثالثة ، لو قضى الأب الدين الذى
عليه لابنه فى مرضه ،
أو... ، كان من رأس

المال ، ... ١١٦

الرابعة ، للابن مطالبة أبيه بنفقته

الواجبة عليه ... ١١٦

٢٦٢٨ - مسألة : (والهدية والصدقة نوعان من الهبة) ١١٧ - ١١٩

فوائد ؛ إحداها ، وعاء الهدية مع العرف ،
فإن لم يكن عرف ،

ردّه ... ١١٨

الثانية ، قال فى «الرعاية الكبرى» :
إن قصد بفعله ثواب الآخرة

فقط ، فهو صدقة ... ١١٨

الثالثة ، لو أعطى شيئاً ، من غير
سؤال ، ولا إشراف ،
وكان ممن يجوز له أخذه ،

وجب عليه الأخذ ... ١١٩

فصل فى عطية المريض : قال الشيخ رحمه

الله : (أما المريض غير مرض

الموت ، أو مرضاً غير

مخوف ؛ ... ، فعطاياه كعطايا

الصحيح سواء ، ...) ١١٩

- ٢٦٢٩ - مسألة : (وإن كان مرض الموت مخوف ،
كالبرسام) ١٢٠-١٢٢
فائدة : لو لم يكن مرضه مخوفاً حال التبرع ،
ثم صار مخوفاً ، فمن رأس المال ... ١٢٠
تنبيه : مفهوم قوله : وما قال عدلان من أهل
الطب : إنه مخوف . فعطاياه
كالوصية ... ١٢١
فصل : فإن كان المريض يتحقق تعجيل
موته ، فإن كان عقله قد اختل ،
... فلا حكم لكلامه ولا
لعطيته ... ١٢٢
٢٦٣٠ - مسألة : (فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لو ارث ،
ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة
الورثة ؛ ...) ١٢٢-١٢٥
تنبيه : تمثيله بالعتق مع غيره ، يدل على أنه
كغيره في أنه يعتبر من الثلث ... ١٢٣
فصل : وحكم العطايا في مرض الموت حكم
الوصية في خمسة أشياء ؛ ... ١٢٤
فائدتان ؛ إحداهما ، لو غلّق صحيح عتق
عبده على شرط ،
فوجد الشرط في
مرضه ، ... ١٢٤
الثانية ، المحاباة لغير وارث من
الثلث ... ١٢٥
٢٦٣١ - مسألة : (فأما الأمراض الممتدة ؛ كالجدام) وحى

- الرَّيْع (والسُّل) في ابتدائه (والفالج في دوامه ، فإن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة ، وإلا فلا) ١٢٦
- ٢٦٣٢ - مسألة : (ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب ، أو في لُجة البحر عند هيجانه ، أو... ، فهو كالمریض) ١٢٧ - ١٣٥
- تنبيه : قوله : ومن كان بين الصفين عند التحام ... ١٢٩
- فصل : وكذلك الحامل عند المخاض ؛ لأنه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف ، ... ١٣١
- فصل : فأما بعد الولادة ، فإن بقيت المشيمة معها ، فهو مخوف ، ... ١٣٢
- فوائد ؛ منها ، حكم السقط حكم الولد التام ... ١٣٢
- ومنها ، حكم من حبس للقتل ، حكم من قُدِّم ليقْتَص منه... ١٣٣
- ومنها ، الأسير ؛ فإن كان عادتهم القتل ، فحكمه حكم من قُدِّم ليقْتَص منه ... ١٣٣
- ومنها ، لو جرح جرحًا موحياً ، فهو كالمریض ... ١٣٣
- ومنها ، حكم من ذبح أو أُيِّنت حشوته ؛... حكم الميت ... ١٣٤

- فصل : وما لزم المريض في مرضه من حق لا
يمكنه دفعه وإسقاطه ، كأرش
جنايته ، ... ، فهو من رأس المال ... ١٣٤
- فصل : فأما إن قضى المريض بعض غرمائه ،
ووقت تركته بسائر الديون ، صح
قضاؤه ، و ... ١٣٥
- فصل : وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر
بدين ، لم يبطل تبرعه ... ١٣٥
- ٢٦٣٣ - مسألة : وإن لم يف (الثلث بالتبرعات المنجزة ،
بدئ بالأول فالأول) ١٣٦
- ٢٦٣٤ - مسألة : (وإن تساوت قسم بين الجميع بالحصص .
وعنه ، يقدم العتق) ١٣٧ - ١٤٠
- فصل : إذا قال المريض : إذا أعتقتُ سعدًا
فسعيد حرٌّ . ثم أعتق سعدًا ، ... ١٣٧
- فصل : فإن قال : إن تزوجتُ فعبدي
حرٌّ . فتزوج في مرضه بأكثر من
مهر المثل ، ... ١٣٩
- فصل : إذا أعتق المريض شقصًا من عبد ،
ثم أعتق شقصًا من آخر ، ولم
يخرج من الثلث إلا العبد الأول ،
عتق وحده ؛ ... ١٣٩
- ٢٦٣٥ - مسألة : (وأما معاوضة المريض بشمن المثل ، فتصح
من رأس المال وإن كانت مع وارث) ١٤٠
- فائدة : لو قضى بعض الغرماء دينه ، وتركته
تفى ببقية دينه ، صح ... ١٤١

- ٢٦٣٦ - مسألة : (وإن حابى وارثه ، فقال القاضى : تبطل
فى قدر ما حاباه ، وتصح فيما عداه) ١٤١ ، ١٤٢
- ٢٦٣٧ - مسألة : (فإن كان له شفيع ، فله أخذه ، فإن
أخذه فلا خيار للمشتري) ١٤٢ - ١٤٤
- فصل : فإن باع أجنبياً وحاباه ، لم يمنع ذلك
صحة العقد عند الجمهور ... ١٤٢
- ٢٦٣٨ - مسألة : (وإن باع المريض أجنبياً وحاباه ، وكان
شفيعه وارثاً ، فله الأخذ بالشفعة ؛ لأن
الحاباة لغيره) ١٤٥
- ٢٦٣٩ - مسألة : (ويعتبر الثلث عند الموت) ١٤٦
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
(وتفرق العطية الوصية فى أربعة
أشياء ؛ ... ١٤٧
- فائدة : قوله : وتفرق العطية الوصية فى
أربعة أشياء ؛ ... ١٤٧
- فصل : والعطية تقدم على الوصية ... ١٤٨
- ٢٦٤٠ - مسألة : (فلو أعتق فى مرضه عبداً ، أو وهبه
لإنسان ، ثم كسب فى حياة سيده شيئاً ،
ثم مات سيده فخرج من الثلث ، ...) ١٤٩ - ١٥١
- ٢٦٤١ - مسألة : (وإن كان موهوباً لإنسان) فللموهوب له
(من العبد بقدر ما عتق منه) ١٥١ - ١٥٦
- فصل : وإن أعتق عبداً قيمته عشرون ، ثم
أعتق عبداً قيمته عشرة ، فكسب
كل واحد منهما مثل قيمته ، ... ١٥٢
- فصل : فإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ،

- وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ،
 ١٥٣ وكسب أحدهم مثل قيمته ، ...
 فصل : رجل أعتق عبيدين متساويي القيمة
 بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ، ثم
 ١٥٤ مات أحدهما في حياته ، ...
 فصل : رجل أعتق عبدًا لا مال له سواه ،
 قيمته عشرة ، فمات قبل سيده
 وخلف عشرين ، فهي لسيده
 ١٥٤ بالولاء ، ...
 ٢٦٤٢ - مسألة : (وإن أعتق جارية) لا مال له غيرها
 (ثم وطئها ، ومهر مثلها نصف
 ١٥٦ قيمتها ، ...)
 ٢٦٤٣ - مسألة : (وإن وهبها مريضًا آخر لا مال له غيرها ،
 ١٥٦ - ١٦٣ ثم وهبها الثاني للأول)
 فصول في هبة المريض : رجل وهب أخاه
 مائة لا يملك غيرها ، فقبضها ثم
 ١٥٧ مات وخلف بنتًا ، ...
 فصل : فإن وهب رجلًا جارية ، فقبضها
 الموهوب له ووطئها ، ومهر مثلها
 ثلث قيمتها ، ثم مات الواهب ولا
 شيء له سواها ، وقيمتها ثلاثون ،
 ١٥٨ ومهرها عشرة ، ...
 فصل : وإن وهب مريض عبدًا لا يملك
 ١٥٩ غيره ، فقتل العبد الواهب ، ...
 فصل في إعتاق المريض : مريض أعتق عبدًا

- لا مال له سواه ، قيمته مائة ،
 ١٦١ فقطع إصبع سيده خطأ ، ...
 فصل : فإن أعتق عبيدين دفعة واحدة ،
 قيمة أحدهما مائة والآخر مائة
 وخمسون ، فجنى الأدنى على الأرفع
 جناية نقصته ثلث قيمته ، وأرشها
 كذلك في جناية السيد ، ثم
 مات ، ... ١٦٢
- ٢٦٤٤ - مسألة : (وإن باع مريض قفيزاً لا يملك غيره
 يساوى ثلاثين بقفيز يساوى عشرة) ١٦٤ - ١٦٦
 فائدة : قوله : وإن باع مريض قفيزاً لا يملك
 غيره يساوى ثلاثين بقفيز يساوى
 عشرة ، ... ١٦٤
- ٢٦٤٥ - مسألة : (وإن أصدق امرأة عشرة) في مرضه
 (لا مال له غيرها ، وصادق مثلها
 خمسة ، ثم مات قبله ، ومات بعدها ،
 ولا مال لها سوى ما أصدقها ، ... ١٦٦ - ١٦٨
- ٢٦٤٦ - مسألة : (وإن مات قبلها ، ورثته ، وسقطت
 المحاباة) ١٦٨
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو وهبها كل ماله ،
 فمات قبله ، فلورثته
 أربعة أخماسه ،
 ولورثتها خمسة ... ١٦٩
 الثانية ، قال في ... : له لبس
 الناعم وأكل الطيب

١٦٩ ... لحاجته ،

فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (ولو ملك ابن عمه ، فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته) وهو وارثه (عتق ولم يرث ...)

١٦٩ فوائد تتعلق بصحة تصرفات المريض ؛ من شراء عبد يعتق على وارثه ، أو تعليق عتق عبده على موته أو موت قريبه ، أو تعليق عتقه على شيء فوجد وهو مريض .

١٧١ فصل : وإذا اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ، ثم مات وخلف ابناً ، ...

١٧٦ فصل : ولو اشترى المريض ابنتي عم له بألف لا يملك غيره ، وقيمة كل واحد منهما ألف ، فأعتق أحدهما ، ثم وهبه أخاه ، ثم مات وخلفهما وخلف مولا ، ...

١٨٠ ٢٦٤٧ - مسألة : (ولو أعتق أمته وتزوجها في مرضه) ١٨٢

فائدة : عتقها يكون من الثلث ؛ إن خرجت من الثلث ، عتقت ، وصح

١٨٢ النكاح ، ...

٢٦٤٨ - مسألة : (ولو أعتقها وقيمتها مائة ، ثم تزوجها

وأصدقها مائتين لا مال له سواهما ، وهما

١٨٤ ، ١٨٣ مهر مثلها ، ثم مات ، ...)

فائدتان ؛ لإحداهما ، لو تزوج في مرض

- الموت بمهر يزيد على
١٨٤ مهر المثل ، ...
الثانية ، لو أصدق المائتين
أجنبية ، والحالة ما ذكر ،
١٨٤ صح ...

فصول في تصرف المريض

- فصل : إذا أعتق أمة لا يملك غيرها ثم
١٨٦ تزوجها ، ...
فصل : ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبدًا
قيمه عشرة ، وتزوجها بعشرة في
ذمته ، ثم ماتت وخلفت مائة ، ... ١٨٨
فصل : فأما إن أعتق أمة في صحته ثم
١٨٩ تزوجها في مرضه ، ...

كتاب الوصايا

- ١٩١ (وهي الأمر بالتصرف بعد الموت)
فصل : ولا تجب إلا على من عليه دين ،
أو عنده ودیعة ، أو عليه واجب
١٩٣ يوصى بالخروج منه ؛ ...
٢٦٥٠ - مسألة : (وتصح من البالغ الرشيد ، عدلاً كان أو
فاسقاً ، رجلاً أو امرأة ، مسلماً أو
١٩٥ ، ١٩٤ كافرًا)
تنبيه : قوله : وتصح من البالغ الرشيد ،
عدلاً كان أو فاسقاً ، رجلاً أو امرأة ،

- ١٩٤ مسلماً أو كافراً ...
تنبيه : شمل كلام المصنف صحة وصية
١٩٥ العبد ...
- ٢٦٥١ - مسألة : (و) تصح (من السفه في أصح
١٩٦ الوجهين)
تنبيه : محل الخلاف ، فيما إذا أوصى
١٩٦ بمال ...
فصل : (و) تصح (من الصبي العاقل إذا
جاوز العشر ، ولا تصح ممن له
دون السبع ، وفيما بينهما
١٩٧ روايتان)
- ٢٦٥٢ - مسألة : (ولا تصح من غير عاقل ؛ كالطفل ،
والمجنون ، والمبرسم . وفي السكران
٢٠٠ - ٢٠٢ وجهان)
- ٢٦٥٣ - مسألة : (وتصح وصية الأخرس بالإشارة ، ولا
تصح ممن اعتقل لسانه بها . ويحتمل أن
٢٠٢ ، ٢٠٣ تصح)
- فصل : وإن وصى عبداً أو مكاتباً أو أم
ولد وصية ، ثم ماتوا على الرق ،
٢٠٣ فلا وصية لهم ؛ ...
- ٢٦٥٤ - مسألة : (وإن وجدت وصيته بخطه ، صحت) ٢٠٤ - ٢٠٨
فصل : وإن كتب وصيته ، وقال : اشهدوا
٢٠٥ على بما في هذه الورقة ...
فصل : وأما إذا ثبتت الوصية بشهادة ، أو
إقرار الورثة به ، فإنه يثبت حكمه

الصفحة

- ٢٠٧ ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه، ...
فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته
٢٠٧ ويشهد عليها ؛ ...
تنبيه : معنى قول الإمام أحمد ، رحمه الله ،
في من كتب وصيته وختمها ،
وقال : اشهدوا بما فيها . أنها لا
٢٠٧ تصح ، ...
فصل : قال رحمه الله : (والوصية مستحبة
لمن ترك خيراً - وهو المال الكثير -
بخمس ماله ، وتكره لغيره إن كان
له ورثة)
٢٠٩ فائدة : المتوسط في المال ، هو المعروف في
عرف الناس بذلك ...
٢١١ فصل : والأولى أن لا يستوعب الثلث
بالوصية وإن كان غنياً ؛ ...
٢١٢ فصل : والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه
الذين لا يرثون ، إذا كانوا
٢١٥ فقراء ، ...
٢١٥٥ - مسألة : (فأما من لا وارث له ، فعجز وصيته
بجميع ماله . وعنه ، لا يجوز إلا الثلث) ٢١٦ - ٢٢٠
فصل : وإن خلف ذا فرض لا يرث جميع
٢١٨ المال ، ...
فصل : فإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله
٢١٩ بفرضه ، ...
فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو كان

- الوارث واحداً من أهل
الفروض ، وقلنا بعدم
الرد ... ٢٢٠
- الثانية ، لو أوصى أحد الزوجين
للآخر ، ... ٢٢٠
- ٢٦٥٦ - مسألة : (ولا تجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث
لأجنبي ، ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة
الورثة) ٢٢٠ - ٢٢٤
- فصل : وإن أسقط عن وارثه ديناً ، أو وصى
بقضاء دينه ، أو أسقطت المرأة
صداقها عن زوجها ، ... ٢٢٣
- تنبيه : يستثنى من كلام المصنف ، إذا
أوصى بثلاثة يكون وفقاً على بعض
ورثته ، فإنه يصح ... ٢٢٣
- ٢٦٥٧ - مسألة : فإن وصى (لكل وارث بمعين بقدر)
نصيبه ؛ ... ٢٢٤ - ٢٢٥
- ٢٦٥٨ - مسألة : (وإن لم يف الثلث بالوصايا ، تحاصوا
فيه ، وأدخل النقص على كل واحد بقدر
وصيته ...) ٢٢٥ - ٢٢٧
- فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، ... ،
وصايا حكمها حكم غيرها من
الوصايا في التسوية بين مقدمها
ومؤخرها ، ... ٢٢٧
- فصل : وإذا وصى بعق عبده ، لزم الوارث
إعتاقه ، ... ٢٢٧

٢٦٥٩ - مسألة : (وإن أجاز الورثة الوصية ، جازت) ٢٢٧ - ٢٣٢

فصل : ولا فرق في الوصية بين المرض

والصحة ... ٢٣٠

تنبيهان ؛ أحدهما ، قيل : هذا الخلاف مبني

على أن الوصية بالزائد

على الثلث ؛ ... ٢٣٠

الثاني ، لهذا الخلاف فوائد

كثيرة ، ... ٢٣٠

فائدة : لو كسب الموصى بعقده بعد الموت

وقبل الإعتاق ، فهو له ... ٢٣١

٢٦٦٠ - مسألة : (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث ،

فصار عند الموت غير وارث ، صحت

الوصية ...) ٢٣٣ ، ٢٣٤

فصل : ولو وصى لامرأة أجنبية وأوصت

له ، ثم تزوجها ، ... ٢٣٤

٢٦٦١ - مسألة : (ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت

الموصى ، وما قبل ذلك لا عبرة به) ٢٣٥ ، ٢٣٦

٢٦٦٢ - مسألة : (ومن أجاز الوصية ثم قال : إنما أجزت

لأني ظننت المال قليلاً ...) ٢٣٦

تنبيه : قوله : إلا أن تقوم عليه بينة .

يعنى ، ... ٢٣٧

٢٦٦٣ - مسألة : (وإن كان المُجاز عَيْناً) ٢٣٨

فصل : ولا تصح الإجازة إلا من جائز

التصرف ، ... ٢٣٨

٢٦٦٤ - مسألة : (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول

٢٤٠ ، ٢٣٩

بعد الموت ، ...)

فائدة : لا يصح بيع الموصى به قبل قبوله

٢٤٠

من وارثه ...

تنبيه : مراده ، إذا كان الموصى له واحدًا

٢٤١

أو جمعًا محصورًا ...

فوائد : إحداها ، يستقر الضمان على الورثة

بمجرد موت موروثهم ،

إذا كان المال عينًا حاضرة

٢٤١

يمكن من قبضها ...

الثانية ، قوله : فإن مات الموصى له

قبل موت الموصى ، بطلت

٢٤١

الوصية ...

الثالثة ، لا تنعقد الوصية إلا بقوله :

فوضت . أو وصيت إليك .

٢٤٢

أو ...

٢٦٦٥ - مسألة : (وإن مات الموصى له قبل موت

٢٤٢ ، ٢٤١

الموصى ، بطلت الوصية)

٢٤٤ - ٢٤٢

٢٦٦٦ - مسألة : (وإن ردّها بعد موته ، بطلت أيضًا)

٢٤٢

تنبيه : وإن ردّها بعد موته ، بطلت أيضًا ...

فصل : وكل موضع صح الرد فيه ، فإن

٢٤٤

الوصية تبطل بالرد ، ...

فصل : ويحصل الرد بقوله : رددت

٢٤٤

الوصية ...

٢٤٤

فائدة : إذا لم يقبل بعد موته ، ولا ردّ ، ...

٢٦٦٧ - مسألة : (وإن مات بعده وقبل الرد والقبول ،

الصفحة

- ٢٤٧-٢٤٥ قام وارثه مقامه ...)
 ٢٦٦٨ - مسألة : (وإن قبلها بعد الموت ، ثبت الملك حين
 ٢٥١-٢٤٧ القبول ، ...)
 ٢٦٦٩ - مسألة : فما حصل من كسب أو (نماء منفصل)
 في الموصى به بعد موت الموصى وقبل
 ٢٥٢ ، ٢٥١ القبول ... (فهو للورثة)
 تنبيه يتعلق بذكر فوائد الخلاف حول مسألة
 ما يحصل من كسب أو نماء منفصل
 في الموصى به بعد موت الموصى
 ٢٥٧-٢٥١ وقبل القبول .
 ٢٦٧٠ - مسألة : (وإن كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث
 قبل القبول فأولدها ، صارت أم ولد
 له ، وولدها حر)
 ٢٥٤ ، ٢٥٣
 ٢٦٧١ - مسألة : (وإن وصى له بزوجه فأولدها) بعد
 موت الموصى و (قبل القبول ، ...) ٢٥٤
 ٢٦٧٢ - مسألة : (وإن وصى له بأبيه فمات قبل القبول ،
 فقبل ابنه ، عتق الموصى به ، ولم يرث
 شيئاً)
 ٢٥٧-٢٥٤
 ٢٥٦ فصل : وتصح الوصية مطلقة ومقيدة : ...
 فصل : قال رضى الله عنه : (ويجوز
 ٢٥٧ الرجوع في الوصية)
 ٢٦٧٣ - مسألة : (فإذا قال : قد رجعت في وصيتي . أو
 أبطلتها . أو نحو ذلك) ... (بطلت) ٢٥٩ ، ٢٥٨
 ٢٦٧٤ - مسألة : وإن قال : (ما أوصيت به لفلان فهو
 لفلان . كان رجوعاً)
 ٢٥٩

- ٢٦٧٥ - مسألة : (وإن وصى به لآخر ، ولم يقل ذلك ، فهو بينهما)
 ٢٥٩ - ٢٦١ فصل : إذا وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر
 ٢٦٠ بثلثه ، فهو بينهما أرباعاً ...
 فصل : إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لرجل ، وأقام آخر شاهدين أنه أوصى له بالثلث ، ...
 ٢٦١ ٢٦٧٦ - مسألة : (وإن باعه ، أو وهبه ، أو رهنه ، كان رجوعاً)
 ٢٦٢ ، ٢٦٣ فوائد ؛ إحداها ، لو أوجبه في البيع أو الهبة ، فلم يقبل فيهما ، أو عرضه لبيع أو رهن ، أو وصى ببيعه ، أو عتقه أو هبته
 ٢٦٢ كان رجوعاً ...
 الثانية ، لو قال : ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه ...
 ٢٦٣ الثالثة ، لو وصى بثلث ماله ، ثم ماله ، ثم باعه أو وهبه ، ...
 ٢٦٣ ٢٦٧٧ - مسألة : (وإن كاتبه ، أو دبّره ، أو جحد الوصية ، فعلى وجهين)
 ٢٦٣ ، ٢٦٤ ٢٦٧٨ - مسألة : (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز)
 ٢٦٤ - ٢٦٧ منه ، كان رجوعاً ؛ ...
 فصل : وإن حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصى ، ...
 ٢٦٦

الصفحة

- فائدتان ؛ إحداهما ، لو وصى له بدار ،
فانهدمت ،
٢٦٧ فأعادها ، ...
- الثانية ، وطء الأمة ليس برجوع
٢٦٧ إذا لم تحمل ...
- ٢٦٧٩ - مسألة : (وإن وصى له بقفيز من صبرة ، ثم
خلط الصبرة بأخرى ، لم يكن رجوعاً) ٢٦٧ ، ٢٦٨
فائدة : لو وصى له بصبرة طعام ، فخلطها
٢٦٨ بطعام غيرها ، ...
- ٢٦٨٠ - مسألة : (وإن زاد في الدار عمارة ، أو انهدم
بعضها ، فهل يستحقه الموصى له ؟ على
٢٦٩ ، ٢٧٠ وجهين)
- فصل : نقل الحسن بن ثواب ، عن أحمد ،
في رجل قال : هذا ثلثي لفلان ،
ويعطى فلان منه مائة في كل شهر
إلى أن يموت . فهو للآخر
٢٧٠ منهما ، ...
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو بنى الوارث في
الدار ، وكانت تخرج
٢٧٠ من الثلث ، ...
- الثانية ، لو أوصى له بدار ، دخل
٢٧١ فيها ما يدخل في البيع ...
- ٢٦٨١ - مسألة : (وإن وصى لرجل) بشيء (ثم قال :
إن قدم فلان فهو له . فقدم في حياة
٢٧١ - ٢٧٤ الموصى ، فهو له)

- فصل : إذا أوصى بأمة لزوجها الحر قبلها ،
 ٢٧٢ انفسخ النكاح ؛ ...
 فصل : قال ، رضى الله عنه : (وتخرج
 الواجبات من رأس المال ، أوصى
 ٢٧٤ بها أو لم يوص)
 فائدتان ؛ إحداهما ، إذا لم يف ماله بالواجب
 الذى عليه ،
 ٢٧٤ تحاصوا ...
 الثانية ، المخرج لذلك وصيه ،
 ٢٧٥ ثم وارثه ، ثم الحاكم ...
 ٢٦٨٢ - مسألة : (وإن قال : أخرجوا الواجب من ثلثي) ٢٧٦ - ٢٧٩
 فصل : فإن كان عليه دين خمسة أيضاً ، ... ٢٧٨

باب الموصى له

- (وتصح الوصية لكل من يصح تمليكها ؛
 ٢٨٠ من مسلم ، وذمى ، وحرى ، ومرتد)
 فائدة : لا تصح لكافر بمصحف ، ولا بعبد
 ٢٨٢ مسلم ...
 ٢٦٨٣ - مسألة : وتصح للمرتد كما تصح الهبة له ... ٢٨٣
 ٢٦٨٤ - مسألة : (وتصح لمكاتبه ، ومدبره ، وأم ولده) ٢٨٣ - ٢٨٥
 تنبيهان ؛ أحدهما ، قوله : وتصح لمكاتبه
 ٢٨٣ ومدبره ...
 ٢٨٣ الثانى ، قوله : وتصح لأم ولده ...
 فائدة : لو شرط عدم تزويجها ، فلم
 تتزوج ، وأخذت الوصية ، ثم

الصفحة

- ٢٨٤ تزوجت ، ...
- ٢٨٦ - ٢٦٨٥ مسألة : وتصح الوصية لمدَّبره ؛ ...
- ٢٨٦ - ٢٦٨٦ مسألة : وتصح الوصية لأم ولده ؛ ...
- ٢٨٧ - ٢٦٨٧ مسألة : (وتصح لعبدٍ غيره)
- ٢٨٧ - ٢٨٩ تنبيهان ؛ أحدهما ، يستثنى من كلام المصنف وغيره ، ممن أطلق ، الوصية لعبدٍ وارثه وقاتله ، ...
- ٢٨٧ الثاني ، ظاهر كلام المصنف ، صحة الوصية له ، ...
- فصل : وإذا وصى يعتق أُمته على أن لا تتزوج ، ثم مات ، فقالت : لا أتزوج . عتقت ...
- ٢٨٨ فصل : وإن وصى لعبد وارثه ، فهي كالوصية لوارثه ، ...
- ٢٨٨ - ٢٨٨ فائدة : لو قبل السيد لنفسه ، لم يصح ...
- ٢٨٨ - ٢٦٨٨ مسألة : (وتصح لعبدٍ بمشاع ؛ كثلثه)
- ٢٨٩ ، ٢٩٠ فائدتان ؛ الأولى ، لو وصى له بربع ماله ، وقيمته مائة ، وله سواء ثمانمائة ، ...
- ٢٨٩ الثانية ، تصح وصيته للعبد بنفسه أو برقبته ، ويعتق بقبول ذلك ، إن خرج من الثلث ، ...
- ٢٩٠ - ٢٦٨٩ مسألة : (وإن وصى له بمعين) كثوب أو دار

- (أو مائة ، لم تصح) الوصية ... ٢٩٠ ، ٢٩١
- تنبيه : من الأصحاب من بنى الروايتين هنا
على أن العبد ، هل يملك أو لا ؟ ... ٢٩١
- ٢٦٩٠ - مسألة : (وتصح) الوصية (للحمل إذا عُلِمَ أنه
كان موجودًا حين الوصية ، ...) ٢٩٧ - ٢٩٢
- تنبيهان ؛ أحدهما ، قوله : لأقل من ستة
أشهر ، إن كانت ذات
زوج أو سيد يطؤها ... ٢٩٤
- الثاني ، قوله : أو لأقل من أربع
سنين ... ٢٩٤
- فائدة : قال المصنف وغيره : فإن كانت
فراشا لزوج أو سيد ، إلا أنه لا
يطؤها ؛ لكونه غائبًا في بلد
بعيد ، ... ٢٩٥
- تنبيه : قول المصنف : لأقل من ستة أشهر ،
ولأقل من أربع سنين ... ٢٩٧
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو وصى لحمل امرأة ،
فولدت ذكرًا وأنثى ،
تساويا في ذلك ... ٢٩٧
- الثانية ، لو قال : إن كان في بطنك
ذكر ، فله كذا ، وإن
كان أنثى ، فكذا . فكان
فيه ذكر وأنثى ، ... ٢٩٧
- ٢٦٩١ - مسألة : (وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة ، لم
تصح) ٢٩٩ ، ٢٩٨

- فصل : وإذا وصى لحمل امرأة ، فولدت
ذكرًا وأنثى ، فالوصية لهما
بالسوية ؛ ... ٢٩٩
- فائدة : لو وصى بثلثه لأحد هذين ، أو
قال : لجارى . أو : قريبي فلان .
باسم مشترك ، لم تصح الوصية... ٢٩٩
- تنبيه : قال فى ... : محل الخلاف فيما إذا
قال : لجارى فلان . باسم مشترك ،
إذا لم يكن قرينة ، فإن كان ثمَّ
قرينة ، أو غيرها ، ... ٣٠٠
- ٢٦٩٢ - مسألة : (وإن قتل الوصى الموصى ، بطلت
الوصية ، وإن جرحه ، ثم أوصى له ،
فمات من الجرح ، لم تبطل ، ...) ٣٠٠ - ٣٠٢
- فائدة : مثل هذه المسألة ، لو دبر عبده ،
وقتل سيده أو جرحه ... ٣٠٣
- ٢٦٩٣ - مسألة : (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة ،
أو لجميع الأصناف ، صح) ٣٠٣ - ٣٠٦
- فائدة : قال فى «الفائق» وغيره : الرقاب ،
والغارمون ، وفى سبيل الله ، وابن
السييل ، مصارف الزكاة ... ٣٠٤
- فصل : وإذا أوصى للفقراء وحدهم ، دخل
فيه المساكين ، وكذلك إن وصى
للمساكين دخل فيه الفقراء ؛ ... ٣٠٥
- ٢٦٩٤ - مسألة : (وإن وصى لكُتُب القرآن ، أو العلم ،
أو لمسجد ، أو لفرس حبيس ينفق عليه ،
صح) ٣٠٦ - ٣١٠

- فصل : إذا قال : يخدم عبدى فلاناً سنة ،
 ٣٠٧ ثم هو حرّ . صحت الوصية ...
 فصل : وإن وصى أن يُشترى عبد زيد
 ٣٠٧ بخمسمائة ، فلم يبعه سيده ، ...
 فصل : ولو أوصى أن يُشترى عبدٌ بألف
 فُيعتق عنه ، فلم يخرج من ثلثه ،
 ٣٠٨ اشترى عبد بالثلث ...
 فصل : وإن وصى بشراء عبد وأطلق ، أو
 ببيع عبده وأطلق ، فالوصية
 ٣٠٩ باطلة ؛ ...
 ٢٦٩٥ - مسألة : (وإن وصى في أبواب البر)
 ٣١٠-٣١٣ فصل : وإن قال : ضع ثلثي حيث أراك
 ٣١٢ الله ...
 فائدتان ؛ إحداها ، لو قال : ضع ثلثي
 ٣١٢ حيث أراك الله ...
 الثانية ، لا يشترط في صحة
 ٣١٣ الوصية القرية ...
 ٢٦٩٦ - مسألة : (وإن وصى أن يُحج عنه بألف ، صرف في
 ٣١٢-٣١٦ حجة بعد أخرى حتى تنفذ)
 فائدتان ؛ إحداها ، إذا كان الحج تطوعاً ،
 أجزأ أن يُحج عنه من
 ٣١٦ الميقات ...
 الثانية ، إن كان الموصي قد حج
 حجة الإسلام ، كانت
 ٣١٧ الألف من ثلث ماله ، ...

- ٢٦٩٧ - مسألة : وإن وصّى أن يحج عنه حجة بألف (دفع
٣١٧ الكل إلى من يحج)
- ٢٦٩٨ - مسألة : (فإن عيَّنه في الوصية ، فقال : يحج عني
٣١٨ فلان بألف)
- ٢٦٩٩ - مسألة : فإن (أبى الحج ، وقال : اصرفوا لي
الفضل . لم يعطه ، وبطلت الوصية في
٣١٩-٣٢٢ حقه)
- فصل : فإذا قال : حجوا عني حجة . ولم
يذكر قدرًا من المال ، فإنه لا يُدفع
٣١٩ إلى مَنْ يحج إلا قدر نفقة المثل؛ ...
- فصل : وإن وصى أن يحج عنه زيد بمائة ،
ولعمرو بتمام الثلث ، ولسعد بثلث
٣٢٠ ماله ، فأجاز الورثة ، ...
- تنبيه : محل هذا الخلاف ، إذا كان الموصي
٣٢٠ قد حج حجة الإسلام ...
- فوائد تتعلق بالوصية بالحج عن الموصي . ٣٢٠-٣٢٣
- فصل : وإن وصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو
٣٢٢ ببقية الثلث ، ...
- ٢٧٠٠ - مسألة : (وإن وصى لأهل سِكِّته ، فهو لأهل
٣٢٣ دربه)
- فائدة : يعتبر في استحقاقه سكناه في السُّكَّة
٣٢٣ حال الوصية ...
- ٢٧٠١ - مسألة : (وإن وصى لجيرانه ، تناول أربعين دارًا
٣٢٤ ، ٣٢٥ من كل جانب)
- ٢٧٠٢ - مسألة : (وإن وصى لأقرب قرابته) ... (فإن

- كان له أب وابن ، فهما سواء (٣٢٥ - ٣٢٧)
 تنبيه : قوله : والأخ من الأب والأخ من
 الأم سواء ... ٣٢٧
- ٢٧٠٣ - مسألة : (والأخ من الأب والأخ من الأم سواء ،
 والأخ من الأبوين أحق منهما) ٣٢٧ - ٣٢٩
 فصل : والأخ للأب أولى من ابن الأخ من
 الأبوين ، كما في الميراث ، ... ٣٢٨
 فائدتان ، إحداهما ، الأب أولى من ابن
 الابن ... ٣٢٨
 الثانية ، يستوى جداه وعماه
 كأبويه ... ٣٢٨
 فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
 (ولا تصح الوصية لكنيسة ، ولا
 بيت نار) ٣٢٩
- ٢٧٠٤ - مسألة : وإن وصى (لكتب التوراة والإنجيل) لم
 تصح ؛ ... ٣٣٠ ، ٣٣١
 فصل : ولا تصح الوصية لكافر بمصحف
 ولا عبد مسلم ؛ ... ٣٣١
- ٢٧٠٥ - مسألة : (ولا تصح (لملك ، ولا لبيمة)
 ولا لجنتى ؛ ... ٣٣١ ، ٣٣٢
 تنبيه : قوله : ولا لبيمة ... ٣٣١
- ٢٧٠٦ - مسألة : (وإن وصى لحى وميت يعلم موته ،
 فالكل للحى ...) ٣٣٢ - ٣٣٥
 تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يقل : هو
 بينهما ... ٣٣٣

- فوائد ؛ إحداها ، لو وصى له ولجبريل أوله
وللحائط بثلاث ماله ،
٣٣٤ كان له الجميع ...
الثانية ، لو وصى له وللرسول
ﷺ بثلاث ماله ، قسم
٣٣٤ بينهما نصفان ...
الثالثة ، لو وصى له ولله ، قسم
٣٣٤ نصفان ...
الرابعة ، لو وصى لزيد وللفقراء
بثلاثة ، قسم بين زيد
٣٣٤ والفقراء ...
٢٧٠٧ - مسألة : (فإن وصى لوارثه وأجنبي) بثلاثة ،
فأجاز سائر الورثة وصية الوارث ، ... ٣٣٦
٢٧٠٨ - مسألة : (وإن وصى لهما بثلاثي ماله) ٣٣٨ - ٣٣٦
فوائد ؛ إحداها ، لو ردوا نصيب الوارث ،
كان للأجنبي الثلث
٣٣٦ كاملا ...
الثانية ، لو أجازوا للوارث وحده ،
٣٣٦ فله الثلث ، بلا نزاع ...
الثالثة ، لو ردوا وصية الوارث ،
ونصف وصية الأجنبي ،
٣٣٧ فله السدس ...
٢٧٠٩ - مسألة : (ولو وصى بماله لابنيه وأجنبي) ٣٣٩ ، ٣٣٨
٢٧١٠ - مسألة : (وإن وصى لزيد والفقراء والمساكين
بثلاثة ، فلزيد التسع) ٣٤١ - ٣٣٩

- فوائد ؛ الأولى ، لو وصى له وإخوته
 بثلاث ماله ، فهو
 ٣٤٠ كأحدهم ...
 الثانية ، لو وصى بـدفن كتب العلم ،
 ٣٤٠ لم تدفن ...
 الثالثة ، لو وصى بإحراق ثلث
 ٣٤١ ماله ، ...
 الرابعة ، قال ابن عقيل ، و... :
 لو وصى بجعل ثلثه في
 ٣٤١ التراب ، ...

باب الموصى به

- (تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه ؛
 ٣٤٢ كالآبق ، والشارد ، و...)
 فصل : وتصح بالحمل إذا كان مملوكًا ،
 بأن يكون رقيقًا ، أو حَمْل
 ٣٤٢ بهيمة مملوكة ؛ ...
 ٢٧١١ - مسألة : (و) تصح (بالمعدوم) فلو قال :
 أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه -
 أو - ناقتي هذه - أو - ... صح ؛ ٣٤٢ ، ٣٤٣
 ٢٧١٢ - مسألة : (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال ؛
 ٣٤٧ - ٣٤٤ كالكلب ، والزيت النجس)
 فصل : وإن وصى لرجل بكلابه ولآخر
 ٣٤٥ بثلاث ماله ، ...
 فوائد ؛ إحداها ، الكلب المباح النفع ؛

- كلب الصيد ، والماشية ،
 ٣٤٥ والزرع ، لا غير ...
 الثانية ، تقسم الكلاب المباحة بين
 الورثة ، والموصى له ،
 والموصى لهما ،
 ٣٤٧ بالعَدَد ، ...
 الثالثة ، لو أوصى له بكلب ، وله
 ٣٤٧ كلاب ...
 فصل : فأما الزيت النجس ، فإن قلنا
 بجواز الاستصباح به ، فهو كالكلب
 ٣٤٧ الذى يباح اتخاذه ...
 فصل : ولا تصح الوصية بالخنزير ، ولا
 بشيء من السباع التى لا تصلح
 ٣٤٧ للصيد ؛ ...
 تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله تعالى ،
 بقوله : وتصح بما فيه نفع مباح ،
 ٣٤٨ كالزيت النجس ...
 ٢٧١٣ - مسألة : (وتصح الوصية بالمجهول ؛ كعبد ،
 ٣٤٩ ، ٣٤٨ وشاة)
 ٢٧١٤ - مسألة : (فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعرف ،
 كالشاة فى العرف) اسم (للأنثى ،
 والبعير والثور اسم للذكر ، غلب
 ٣٥١ - ٣٤٩ العرف)
 فصل : وإن وصى بحمل ، فهو الذكر ، وإن
 ٣٥٠ وصى بناقة ، فهي الأنثى ...

- ٢٧١٥ - مسألة : (والداية اسم للذكر والأنثى من الخيل
 ٣٥١ والبغال والحمير)
 فوائد تتعلق بمدلولات أسماء الدواب
 المختلفة ، ما يطلق منه فيدل على الذكر ،
 ٣٥٢ وما يطلق فيدل على الأنثى .
- ٢٧١٦ - مسألة : (وإن وصى له بغير معين ، كعبد من
 عبيده ، صح ، ويعطيه الورثة ما
 ٣٥٣ ، ٣٥٢ شاءوا)
 فائدة : قال القاضى ، فى هذه المسألة :
 يعطيه الورثة ما شاءوا من عبد أو
 ٣٥٣ أمة ...
- ٢٧١٧ - مسألة : (وإن لم يكن له عبيد ، لم تصح الوصية ،
 ٣٥٥ ، ٣٥٤ فى أحد الوجهين)
 فائدة : لو وصى بأن يعطى مائة من أحد
 كيسى ، فلم يوجد فيها
 ٣٥٥ شئ ، ...
- ٢٧١٨ - مسألة : (فإن كان له عبيد فماتوا إلا واحداً ،
 ٣٥٦ - ٣٥٥ تعينت الوصية فيه)
 فائدة : لو لم يكن له إلا عبد واحد ،
 ٣٥٦ صحت ، وتعينت فيه ...
- ٢٧١٩ - مسألة : (وإن وصى له بقوس ، وله أقواس للرمل
 والبندق والندف ، فله قوس
 ٣٥٩ - ٣٥٦ الثَّشَاب ؛ ...)
 فوائد ؛ إحداها ، يُعطى قوساً معمولة بغير
 ٣٥٨ وتر ...

- الثانية ، قوس الشباب ، هو
 ٣٥٨ الفارسي ...
 الثالثة ، لو كان له أقواس من جنس ،
 ٣٥٩ أو ...
 ٢٧٢٠ - مسألة : وإن وصى له بطل حرب ، صحت الوصية
 ٣٥٩ به ؛ ...
 ٢٧٢١ - مسألة : (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله أو لم
 ٣٦٠ يعلم)
 ٢٧٢٢ - مسألة : (وإن وصى بثلثه فاستحدث مالا ، دخل
 ٣٦١ ثلثه في الوصية)
 تنبيه : قد يدخل في كلامه ، لو نصب
 أحبولة قبل موته ، فوقع فيها صيد بعد
 ٣٦١ موته ؛ ...
 ٢٧٢٣ - مسألة : (وإن قُتل وأخذت ديتة ، فهل تدخل
 ٣٦٢ ، ٣٦٣ الدية في الوصية ؟ على روايتين)
 تنبيه : مبنى الخلاف هنا ، على أن الدية
 تحدث على ملك الميت ، أو على ملك
 ٣٦٣ الورثة ؟ ...
 ٢٧٢٤ - مسألة : (فإن وصى بمعين بقدر نصف الدية ،
 فهل الدية على الورثة من الثلثين ؟ على
 ٣٦٤ وجهين)
 فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
 ٣٦٤ (وتصح الوصية بالمنفعة المفردة)
 فصل : فإن أراد الموصى له بمنفعة العبد أو
 الدار إجارة العبد أو الدار في المدة

- ٣٦٥ ... التي أوصى له بنفعها ، ...
- ٢٧٢٥ - مسألة : (إذا أوصى) بمنافع عبده أو (أمتة أبداً أو مدة) بعينها (فللورثة عتقها) ٣٦٦ ، ٣٦٧
- ٣٦٧ فصل : ولهم بيعها ...
- ٣٦٧ تنبيه : قوله : وللورثة عتقها . يعنى مجاناً ...
- فائدة : صحة كتابتها مبنى على صحة بيعها
- ٣٦٧ هنا .
- ٢٧٢٦ - مسألة : (ولهم ولاية تزويجها) ٣٦٧ ، ٣٦٨
- ٢٧٢٧ - مسألة : ومهرها ههنا وفي كل موضع وجب للورثة ، في اختيار شيخنا (لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها) ٣٦٨
- ٢٧٢٨ - مسألة : (وإن وُطِّت بشبهة ، فالولد حرٌّ) ٣٦٩
- ٢٧٢٩ - مسألة : (وإن قتلت ، فللورثة قيمتها ، في أحد الوجهين) ٣٧٠
- تنبيه : يبنى على الخلاف ما إذا عفا عن قاتلها ؛ هل تلزمه القيمة ، أم لا ؟ ... ٣٧٠
- فائدة : لو قتلها الورثة ، لزمهم قيمة المنفعة ... ٣٧١
- ٢٧٣٠ - مسألة : (وللوصى استخدامها وإيجارها وإعارتها) ٣٧١
- ٢٧٣١ - مسألة : (وليس لواحد منهما وطؤها) ٣٧١ ، ٣٧٢
- فائدة : لو وطئها واحد منهما ، فلا حدَّ عليه ، وولده حرٌّ ؟ ... ٣٧١
- ٢٧٣٢ - مسألة : (وإن ولدت من زوج أو زنى ، فحكمه حكمها) ٣٧٢

- ٢٧٣٣ - مسألة : (وفي نفقتها ثلاثة أوجه ؛ أحدها)
 ٣٧٣ تجب على مالك الرقة ...
- ٢٧٣٤ - مسألة : (وفي اعتبارها من الثلث وجهان ؛ ...) ٣٧٥
- ٢٧٣٥ - مسألة : (وإن وصى لرجل برقبته ولآخر بمنفعتها ،
 ٣٧٦ صح ...)
- فصل : وإذا وصى بشجرة شجرة مدة ، أو
 ٣٧٦ بما تثمر أبداً ، صح ، ...
- فائدة : لو مات الموصى له بنفعها ، كانت
 ٣٧٦ المنفعة لورثته ...
- فصل : وإذا وصى لرجل بحب زرع ولآخر
 ٣٧٧ يتيته ، صح ، ...
- فصل : وإن أوصى لرجل بخاتم ، ولآخر
 ٣٧٨ بفصه ، صح ، ...
- فصل : فإن وصى لرجل بدينار من غلة
 ٣٧٨ داره ، وغلتها ديناران ، صح ...
- ٢٧٣٦ - مسألة : تصح الوصية بالمكاتب ، إذا قلنا : يصح
 ٣٧٨ ، ٣٧٩ بيعه ...
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو قال : ضعوا نجماً
 من كتابته . فلهم وضع
 ٣٧٩ أى نجم شاعوا ...
- الثانية ، لو أوصى لمكاتبه
 بأوسط نجومه ، وكانت
 النجوم شففاً متساوية
 ٣٧٩ القدر ، ...
- ٢٧٣٧ - مسألة : (وإن وصى له بجال الكتابة ، أو بنجم

- ٣٨٠ منها ، صح (وإن وصى لرجل برفقته ولآخر بما عليه ،
٢٧٣٨ - مسألة : (وإن وصى لرجل برفقته ولآخر بما عليه ،
صح . فإن أدى) إلى صاحب المال أو
أبرأه منه (عتق وبطلت وصية صاحب
الرقبة)
٣٨٠ - ٣٨٣ فصل : فإن كانت الكتابة فاسدة ، فوصى
لرجل بما في ذمة المكاتب ، لم
يصح ؛ ...
٣٨١ فصل : وإذا قال : اشترؤا بثلثي رقابنا
فأعتقوهم . لم يجوز صرفه إلى
المكاتبين ؛ ...
٣٨٢ فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (ومن
أوصى له بشيء بعينه ، فتلغ قبل
موت الموصى أو بعده ، بطلت
الوصية)
٣٨٣ ٢٧٣٩ - مسألة : (وإن تلف المال كله غيره بعد موت
الموصى ، فهو للموصى له)
٣٨٤ ٢٧٤٠ - مسألة : (وإن لم يأخذه زماناً ، قوّم وقت الموت
لا وقت الأخذ)
٣٨٤ - ٣٨٦ ٢٧٤١ - مسألة : (فإن لم يكن له سوى المعين إلا مال
غائب ، أو دين في ذمة موسر أو معسر ،
فللموصى له ثلث الموصى به ...)
٣٨٦ - ٣٨٨ ٢٧٤٢ - مسألة : (وكذلك الحكم في المدبر) في أنه يعتق
في الحال ثلثه ، ...
٣٨٨ - ٣٩١ فصل : فإن كان الدين مثل العين ، فوصى

- لرجل بثلته ، فلا شيء له قبل
 ٣٨٩ استيفائه ، ...
- فصل : ولو وصى لرجل بثلث ماله ، وله
 مائتان دينا ، وعبدٌ يساوى مائة ،
 ٣٨٩ ووصى لآخر بثلث العبد ، ...
- فصل : وإن خلف ابنين ، وترك عشرة
 عيّنًا ، وعشرة دينا على أحد ابنيه ،
 وهو معسر ، ووصى لأجنبي بثلث
 ٣٩٠ ماله ، ...
- فصل : ونماء العين الموصى بها إن كان متصلاً
 ٣٩١ تبعها ، وهو للموصى له ...
- ٢٧٤٣ - مسألة : (وإن وصى له بثلث عبد ، فاستحق
 ٣٩١ - ٣٩٣ ثلثاه ، فله الثلث الباقي ...)
- تنبيه : مثل ذلك ، إذا أوصى بثلث صبرة من
 مكيل أو موزون ، فتلّف ، أو
 ٣٩٢ استحق ثلثاها ، خلافاً ومذهباً ..
- ٢٧٤٤ - مسألة : (وإن وصى له بعبد لا يملك غيره ، قيمته
 مائة ، ولآخر بثلث ماله ، وملّكه غير
 ٣٩٣ - ٣٩٦ العبد مائتان ، فأجاز الورثة ، ...)
- ٢٧٤٥ - مسألة : (وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث
 فله) في حال الإجازة (مائة وثلث
 ٣٩٧ - ٣٩٩ العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه)
- فصل : فإن كانت المسألة بحالها ، وملّكه
 ٣٩٨ غير العبد ثلاثمائة ، ...
- فصل : فلو خلف عبداً قيمته مائة ،

ومائتين ، ووصى لرجل بمائة

وبالعبد كله ، ووصى بالعبد

آخر ، ... ٣٩٩

٢٧٤٦ - مسألة : (وإن وصى لرجل بثلاث ماله ، ولآخر

بمائة ، ولثالث بتمام الثلث على المائة ،

فلم يزد الثلث على المائة) ... (بطل

وصية صاحب التمام) ٤٠٠ - ٤٠٢

فصل : فإن ترك ستائة ، ووصى لأجنبي

بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، ... ٤٠٢

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

(إذا وصى) لرجل (بمثل نصيب وارث

معين ، فله مثل نصيبه مضمومًا إلى

المسألة) ٤٠٣

٢٧٤٧ - مسألة : (فإذا وصى) له (بمثل نصيب ابنه ،

وله ابنان ، فله الثلث ، وإن كانوا ثلاثة

فله الربع ، وإن كان معهم بنت فله

التسعان) ٤٠٤

٢٧٤٨ - مسألة : (وإن وصى بنصيب ابنه ، فكذلك في

أحد الوجهين) ٤٠٤ ، ٤٠٥

فائدة : لو وصى له بمثل نصيب ولده ،

وله ابن وبنت ، فله مثل نصيب

البنت ... ٤٠٥

٢٧٤٩ - مسألة : (وإن وصى بضعف نصيب ابنه أو

ضعفيه ، فله مثله مرتين . وإن وصى

- ٤٠٩ - ٤٠٦ بثلاثة أضعافه ، فله ثلاثة أمثاله (فصل : وإن وصى له بضعفيه ، فله مثله مرتين ، ... ٤٠٨
- ٤٠٩ فصل : ولو وصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، ... ٤٠٩
- ٢٧٥٠ - مسألة : (وإذا وصى) له (بمثل نصيب أحد ورثته ، ولم يسمه ، كان له مثل ما لأقلهم نصيباً ، ... ٤٠٩
- ٢٧٥١ - مسألة : (ولو وصى) له (بمثل نصيب وارث لو كان ، فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود) ٤١١ ، ٤١٢
- ٢٧٥٢ - مسألة : فإن خلف أربعة بنين (فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلا مثل نصيب سادس لو كان ، ...) ٤١٢ - ٤١٦
- فصل : إذا خلف بنتاً وحدها ، ووصى بمثل نصيبها ، فهو كما لو وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد ؛ ... ٤١٤
- فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، ووصى لثلاثة بمثل أنصبتهم ، فالمال بينهم على ستة إن أجازوا ، ... ٤١٥
- فصل في الوصية بالأجزاء : (إذا وصى له بجزء أو حظاً أو نصيب أو شيء ، فللورثة أن يعطوه ما شاءوا) ٤١٧
- ٢٧٥٣ - مسألة : (وإن وصى له بسهم من ماله ، ففيه ثلاث روايات ؛ ...) ٤١٨ - ٤٢٤

- تنبيه : قول المصنف ، في الرواية الثانية ...
 والثالثة : ما لم يزد على السدس ... ٤٢٣
 فصل : فلو خلف أبوين وابنتين ، ووصى
 لرجل بسدس ماله ، ولآخر بسهم
 منه ، ... ٤٢٤
- ٢٧٥٤ - مسألة : (وإن وصى بجزء معلوم ، كثلث أو ربع ،
 أخذته من مخرجه فدفعته إليه ، وقسمت
 الباقي على مسألة الورثة ، إلا ...) ٤٢٤
- ٢٧٥٥ - مسألة : (وإن وصى بجزأين أو أكثر ، ...) ٤٢٤ ، ٤٢٥
- ٢٧٥٦ - مسألة : (فإذا أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر
 برבעه ، وخلف ابنين ، ...) ٤٢٥ - ٤٣٠
- فصل : إذا أوصى لرجل بنصف ماله
 ولآخر برבעه ، فأجاز الورثة ، ... ٤٢٨
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (فإن
 زادت الوصايا على المال عملت فيها
 عملك في مسائل العول) ٤٣٠
- ٢٧٥٧ - مسألة : (وإن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر
 بنصفه ، وخلف ابنين ، ...) ٤٣٣
- ٢٧٥٨ - مسألة : (فإن أجازوا لصاحب النصف وحده) ٤٣٤
- ٢٧٥٩ - مسألة : (فإن أجاز أحد الابنين لهما) دون الآخر
 (فسهمة بينهما على ثلاثة) ٤٣٥
- فصل في الجمع بين الوصية بالأنصباء
 والأجزاء : (إذا خلف ابنين ،
 ووصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر
 بمثل نصيب ابن ، ...) ٤٣٦

٢٧٦٠ - مسألة : (وإن كان الجزء الموصى به النصف ، ...) ٤٣٧ - ٤٣٩

فصل : فإن كان الجزء الموصى به

الثلثين ، ... ٤٣٨

فصل : فإن كان الموصى به جميع المال ، ... ٤٣٩

٢٧٦١ - مسألة : (إذا أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ابنه ،

ولآخر بثلث باقى المال ، ...) ٤٤٠ ، ٤٤١

٢٧٦٢ - مسألة : (وإن كانت وصية الثانى بثلث ما يبقى من

النصف) ٤٤١ - ٤٤٧

فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، ووصى لرجل

بمثل نصيب أحدهم ، ولآخر

بنصف باقى المال ، ... ٤٤٣

فصل : فإن كانت الوصية الثانية بنصف ما

يبقى من الثلث ، ... ٤٤٤

فصل : فإن أوصى لثالث بربع المال ، ... ٤٤٥

فصل : فإن كانت الوصية الثالثة بربع ما بقى

من المال بعد الوصيتين الأوليين ، ... ٤٤٦

٢٧٦٣ - مسألة : (وإن خلف أمًا و بنتًا وأختًا ، وأوصى بمثل

نصيب الأم وسبع ما بقى ، ولآخر بمثل

نصيب الأخت وربع ما بقى ، ولآخر

بمثل نصيب البنت وثلث ما بقى) ٤٤٧ - ٤٥١

فائدة جليلة : قوله : وإن خلف أمًا و بنتًا

وأختًا ، ... ، فقل مسألة الورثة من

ستة ؛ ... ٤٤٧

فصل : فإن خلفت امرأة زوجًا وأمًا وأختًا

لأب ، وأوصت بمثل نصيب الأم

- وثلث ما بقى ، ولآخر بمثل نصيب
الزوج ونصف ما بقى ، فمسألة
٤٥١ ... الورثة من ثمانية ، ...
- ٢٧٦٤ - مسألة : (إذا خلف ثلاثة بنين ، ووصى بمثل نصيب
أحدهم إلا ربع المال ، ...) ٤٥١ ، ٤٥٢
- ٢٧٦٥ - مسألة : (فإن قال : إلا ربع الباقي بعد
الوصية ...) ٤٥٢ - ٤٦٣
- فصل : فإن قال : أوصيتُ لك بمثل نصيب
أحد بنى إلا ثلث ما يبقى من
الثلث ... ٤٥٣
- فصل : فإن قال : إلا خمس ما يبقى من
المال بعد النصيب ، ولآخر بثلث ما
يبقى من المال بعد وصية الأول ... ٤٥٤
- فصل : إذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد
بنيه ، وهم ثلاثة ، ولآخر بثلث ما
يبقى من الثلث ، ولآخر
بدرهم ، ... ٤٥٧
- فصل : إذا وصى لعمّه بثلث ماله ، ولخاله
بعشره ، فردت وصيتهما ،
فتحصّا في الثلث ، وأصاب الخال
سته ، ... ٤٥٧
- فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، ووصى لعمّه
بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية
خاله ، ولخاله بمثل نصيب أحدهم
إلا ربع وصية عمّه ، ... ٤٥٨

- فصل : فإن وصى لعمه بعشرة ونصف
وصية خاله ، ولخاله بعشرة وثلاث
٤٦٢ وصية عمه ، ...

باب الموصى إليه

- (تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل
عدل ، وإن كان عبداً أو مراهقاً أو امرأة أو
٤٦٤ أم ولد)
فائدة : الدخول في الوصية للقوى عليها
٤٦٤ قرينة ...
تنبيه : شمل قوله : تصح وصية المسلم إلى
كل مسلم عاقل عدل . العدل
٤٦٤ العاجز ، إذا كان أميناً ...
فصل : وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر
٤٦٦ أهل العلم ...
تنبيهان ؛ أحدهما ، يحتمل أن يكون مراد
المصنف بالعدل العدل
٤٦٦ مطلقاً ؛ ...
الثاني ، ظاهر كلام المصنف ، عدم
صحّة وصية المسلم إلى
٤٦٦ كافر ...
تنبيه : ظاهر تقييد المصنف بالمراهق ، أنها
لا تصح إلى مميز قبل أن يراهق ... ٤٦٧
فائدتان ؛ إحداهما ، لا تصح الوصية إلى
٤٦٧ السفیه ...

الصفحة

الثانية ، لا نظر لحاكم مع وصي
خاص إذا كان كفؤاً في

ذلك ... ٤٦٧

٢٧٦٦ - مسألة : (ولا تصح إلى غيرهم) ٤٦٨ ، ٤٦٩

٢٧٦٧ - مسألة : (فإن كانوا على غير هذه الصفات ، ثم
وجدت عند الموت ، فهل تصح ؟ على

(وجهين) ٤٦٩ - ٤٧١

فصل : وتصح الوصية إلى الأعمى ... ٤٧١

٢٧٦٨ - مسألة : (وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر ،
فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد

أخرجت الأول) ٤٧١

٢٧٦٩ - مسألة : (وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن

يجعل ذلك إليه) ٤٧٢ - ٤٧٤

فائدة : لو وصى إلى اثنين في التصرف ،

وأريد اجتماعهما على ذلك ، ... ٤٧٢

فصل : إذا قال : أوصيتُ إلى زيد ، فإن

مات فقد أوصيتُ إلى عمرو .

صح ذلك ، ... ٤٧٣

٢٧٧٠ - مسألة : (وإن مات أحدهما أقام الحاكم مقامه

أميناً) ٤٧٤ - ٤٧٦

تنبيه : هذه الأحكام المتقدمة ؛ إذا لم يجعل

لكل واحد منهما التصرف

منفرداً ، ... ٤٧٥

٢٧٧١ - مسألة : (وكذلك إن فسق . وعنه ، يضم إليه

أمين) ٤٧٦ - ٤٧٩

- فوائد تتعلق بالتوصية إلى الموصى إليه قبل أن يبلغ ، أو حتى يحضر فلان ، أو إن مات فلان ففلان وصى . ٤٧٧ - ٤٨٠
- فصل : إذا تغيرت حال الموصى إليه بموت أو فسق أو جنون أو سفه ، ... ٤٧٨
- فصل : فأما العدل الذى يعجز عن النظر لعلّة أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه ، و ... ٤٧٩
- ٢٧٧٢ - مسألة : (ويصح قبوله للوصية) ورده (فى حياة الموصى) ٤٨٠
- ٢٧٧٣ - مسألة : (وله عزل نفسه متى شاء) ٤٨٠ ، ٤٨١
- ٢٧٧٤ - مسألة : (وللموصى عزله متى شاء) ٤٨١
- ٢٧٧٥ - مسألة : (وليس للموصى أن يوصى إلا أن يجعل ذلك إليه . وعنه ، له ذلك) ٤٨١ - ٤٨٤
- فصل : ويجوز أن يجعل للموصى جُعلاً ... ٤٨٣
- فائدة : إن ناه الموصى عن الإيصاء ، ... ٤٨٣
- فصل : إذا اختلف الوصيان : عند من يُجعل المال منهما ؟ ... ٤٨٤
- ٢٧٧٦ - مسألة : (ولا تصح الوصية إلا فى معلوم يملك الموصى فعله ؛ ...) ٤٨٤ ، ٤٨٥
- تنبيه : شمل قوله : ولا تصح الوصية إلا فى معلوم يملك الموصى فعله ... ٤٨٤
- تنبيه آخر : ظاهر قوله : والنظر فى أمر الأطفال ... ٤٨٥
- ٢٧٧٧ - مسألة : (وإذا أوصى إليه فى شيء لم يصير وصياً

٤٨٨ - ٤٨٦

(في غيره)

فصل : ولا بأس بالدخول في الوصية ، ... ٤٨٦

فصل : فإن مات رجل لا وصى له ، ولا

٤٨٧ حاكم في بلده ، ...

٢٧٧٨ - مسألة : (وإذا أوصى إليه بتفرقة ثلثه فأبى الورثة

٤٨٨ ، ٤٨٩

إخراج ثلث ما في أيديهم)

فائدة : لو ظهر دين يستغرق التركة ، أو

جهل موصى له ، فتصدق بجميع

الثلث هو أو حاكم ، ثم ثبت ذلك ،

٤٨٩ لم يضمن ...

٢٧٧٩ - مسألة : (وإن أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة

٤٩٠ - ٤٩٢

ذلك ، قضاه بغير علمهم)

فصل : إذا علم الموصى إليه أن على الميت

٤٩١ دينًا ، ...

فائدة : لو أقام الذى له الحق بينة شهدت

بحقه ، فهل يلزم الموصى إليه الدفع

٤٩١ إليه بلا حضور حاكم ؟ ...

فائدة : يجوز لمن عليه دين لميت ، أن يدفع

إلى من أوصى له به ، إذا كان

٤٩٢ معينًا ، ...

٢٧٨٠ - مسألة : (وتصح وصية الكافر إلى المسلم) ٤٩٣

تنبيه : قوله : وتصح وصية الكافر إلى

٤٩٣ مسلم ...

٢٧٨١ - مسألة : (إذا قال : ضع ثلثي حيث شئت . أو :

أعطه من شئت . لم يجز له أخذه ولا دفعه

٤٩٥ ، ٤٩٤

إلى ولده)

تنبيه : مفهوم قوله : لم يجز له أخذه ولا

٤٩٥

دفعه إلى ولده ...

٢٧٨٢ - مسألة : (وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار

لقضاء دين الميت ، أو ... ، فله البيع

٤٩٨ - ٤٩٦

على الكبار والصغار)

فائدة : قال في «الفائق» : وليس له دفعه إلى

٤٩٦

ورثة الموصى ...

فائدتان ؛ إحداهما ، لو كان الكل كبارًا ،

وعلى الميت دين ، أو

وصية ، باعه الموصى

إليه ، إذا أبوا

٤٩٧

بيعه ، ...

الثانية ، لو مات شخص بمكان لا

حاكم فيه ، ولا وصي ،

جاز لمسلم ممن حضره ،

٤٩٧

أن يحوز تركته ، ...

آخر الجزء السابع عشر

ويليه الجزء الثامن عشر وأوله :

كتاب الفرائض

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٠١٤٦/١٩٩٥ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 124 - 7

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة